Diss.
2089/12.

Diss. 2089 (12

-3725

Ueber das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten.

Eine Probeschrift

von

Th. A. Ludwig Schmidt,
beider Rechte Doktor.

Gießen 1838,
Verlag von B. C. Ferber.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Der Verfasser nachstehenden Versuchs, der mehrere Jahre hindurch in der Praxis Beschäftigung fand, wurde während dieser Zeit auf manche, theils dem Civilrecht, theils dem Prozeß angehörende Fragen aufmerksam, die ihm einer ausführlicheren wissenschaftlichen Bearbeitung, als sie bisher gefunden, mitunter auch wohl einer Berichtigung bedürftig zu seyn scheinen. Er beabsichtigt dieselben nach und nach in einzelnen Abhandlungen dem juristischen Publikum vorzulegen, und macht mit dem hier erörterten Gegenstande den Anfang. Was ihn bei der Wahl dieses Stoffes geleitet hat, findet sich in den nachfolgenden Blättern hinreichend angedeutet, und er glaubt hier nur noch den Wunsch beifügen zu müssen, daß ihm nicht von seinen Beurtheilern als anmaaßende Neuerungssucht ausgelegt werden möchte, was wenigstens das Resultat seiner vollsten, durch gewissenhafte Prüfung erlangten, Ueberzeugung ist. Daß er dennoch vielleicht geirrt, gibt er gerne zu, denn er fühlt noch selbst zu gut die Schwäche seiner Kräfte, und wird mit dem wärmsten Danke jede aufrichtig gemeinte Belehrung entgegennehmen. Wer nur die Sache im Auge hat, dem kann es ja schon zu einiger Befriedigung gereichen, blos durch erhobene Zweifel Anlaß zu anderen gründlicheren Untersuchungen gegeben, und dadurch wenigstens die Erkenntniß des Rechten und Wahren gefördert zu haben.

Gießen im Februar 1838.

Dr. L. Schmidt.

Inhaltsanzeige.

§. 1. Vorbemerkung.
§. 2. Historische Uebersicht der bisherigen Bearbeitung dieser Lehre.
§. 3. Plan der Abhandlung.

Erster Abschnitt. Genereller Theil.

A. Kurze geschichtliche Aufzählung und Prüfung der verschiedenen Ansichten über die Entstehung und den Rechtsgrund des Besitzesschutzes.

§. 4. a) Einleitende Bemerkungen.
§. 5. b) Ist der Besitz präsumtives Eigenthum?
§. 6. c) Ist der Besitz ein selbstständiges Recht?
§. 7. d) Prüfung der Savigny'schen Theorie.
§. 8. e) Ist der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte in dem Verbote der Selbsthülfe enthalten?
§. 9. B. Uebergang zur folgenden Darstellung.
§. 10. C. Nähere Betrachtung der Fälle, in denen der Besitz durch Repräsentanten ausgeübt wird.
§. 11. D. Kann der allgemeine Rechtsgrund der possessorischen Interdikte auf diese Repräsentationsverhältnisse angewendet werden?

Zweiter Abschnitt. Specieller Theil.

§. 12. a) Aufführung der einschlagenden Gesetzesstellen.
§. 13. b) Interpretation der alleg. fr. 12. u. 16. pr. D. 43, 16.
§. 14. c) Interpretation des alleg. fr. 3. §. 2. D. 43, 17.
§. 15. Prüfung einiger andern scheinbar entgegenstehenden Gesetzesstellen.
§. 16. Schlußbemerkung.

§. 1.

Vorbemerkung.

Im Römischen Rechte gibt es eine Anzahl von Fällen, in welchen juristischer Besitz angenommen wird, ohne daß sich der Besitzer in eigener Person [1]) in der Lage der physischen Herrschaft über die besessene Sache, in der Innehabung, Detention, befindet. Man pflegt diese Fälle heutzutage gewöhnlich mit dem Namen der Repräsentationsverhältnisse zu bezeichnen, weil sich die Detention in der Person eines Dritten befindet, welcher als Repräsentant des juristischen Besitzers betrachtet wird, und auf dessen Namen die Possessio ausübt. Durch welches Rechtsverhältniß ein solcher faktischer Zustand in der Person des Repräsentanten begründet worden, ist für die Besitzesfrage gleichgültig, genug, daß der Repräsentant nicht suo sondern alieno nomine besitzt, daß die Gesetze von ihm sagen alienae possessioni praestat ministerium, tenet, naturaliter possidet, est in possessione etc. [2]), mag er übrigens in rechtlicher Beziehung bloßer Prokurator, mag er dinglich oder persönlich Berechtigter seyn.

Die gegenwärtige Untersuchung soll sich nun mit der Beantwortung der Frage beschäftigen, ob auf diese Reprä-

---

1) Verschieden hiervon sind die Fälle, wo es heißt: animo, *non* corpore possidere cf. fr. 3. §. 11. fr. 25. §. 2. fr. 44. §. 2. in f. fr. 45, 46. D. 41, 2. fr. 1. §. 24. u. 25. D. 43, 16.

2) Vergl. einstweilen fr. 18. pr. fr. 35. §. 12. fr. 9. fr. 25. §. 1. X. 41, 2. de acqu. v. om. poss. fr. 1. §. 22. D. (43, 16.) de vi et vi arm. §. 5. Inst. 4, 15. de interd. d. Genauere s. unt. §. 10.

sentationsverhältnisse der Besitzesschutz Anwendung leide, d. h., ob dem juristischen Besitzer seinem Repräsentanten gegenüber possessorische Interdikte zu gestatten sind [3]).

§. 2.

Historische Uebersicht der bisherigen Bearbeitung dieser Lehre.

Es kann wohl mit vollem Rechte behauptet werden, daß kein civilistischer Gegenstand die Aufmerksamkeit unserer Juristen von jeher in so hohem Grade in Anspruch genommen habe, und so sehr Stoff der mannichfachsten Controversen und Streitigkeiten gewesen sey, als die Lehre des Besitzes.

Um so mehr ist es zu verwundern, daß gerade die hier zu behandelnde Frage, die neben ihrer theoretischen Wichtigkeit doch zugleich ein so hohes praktisches Interesse darbietet, noch keiner vollständigen Prüfung unterworfen worden ist. Bei älteren juristischen Schriftstellern [1]) finden wir nehmlich diese Frage nur selten berührt, und selbst hier nur in so beschränktem Sinne, daß es kaum möglich ist, ein sicheres Urtheil darüber zu gewinnen, welches eigentlich die Ansicht der damaligen Zeit gewesen sey. Läßt sich von dem Miethverhältnisse ein Schluß auf die übrigen Repräsentationsarten machen, so betrachtete man wenigstens die actio spolii gegen den Repräsentanten als anwendbar, denn in Beziehung

---

3) Der Verf. ist der Ansicht, daß so die Frage auch für das heutige praktisch-geltende Recht gefaßt werden müsse, daß also m. a. W. nur das Römische Recht als Entscheidungsquelle für diese Frage zu betrachten sey. Seine Gründe hierfür weitläufig auseinanderzusetzen, liegt außer dem Bereiche des nächsten Zwecks dieser Untersuchung; zum Theil dürften sie schon aus dem Standpunkte, aus welchem hier der Grund des Besitzesschutzes aufgefaßt wird, fließen, im Uebrigen wird auf Savigny's Recht des Besitzes 6te Aufl., namentlich auf die Darstellung a. E. dies. Werks §. 48, 50. Bezug genommen.

1) Crist. Schroeter progr. de poss. a conductore locatori restituend Jen. 1720. Sieber dissert. de conduct. fundi spol Göttingen 1760. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. N. X. 57. Wernher observ. p. III. o. 228.

auf die locatio conductio finden wir ja vielfach ausdrücklich die Behauptung aufgestellt und vertheidigt, daß sich der Miether eines Spoliums schuldig mache, wenn er ohne gerechte Gründe die Rückgabe der gemietheten Sache verweigere. Merkwürdig ist es, wie hierbei fast einzig und allein Bestimmungen des Römischen Rechtes zur Begründung eines demselben ganz fremden Rechtsmittels benutzt wurden. Hauptsächlich berief man sich nehmlich einmal auf mehre Pandektenfragmente, welche bestimmen, daß sich der locator fundi gegen den Conduktor des interdict. unde vi bedienen dürfe [2]), zweitens auf eine Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, wodurch dem Miether die *exceptio* dominii gegen den Vermiether entzogen wird [3]), und endlich auf eine Constitution des Kaiser Zeno [4]), wodurch die Strafe der Selbsthülfe auf den hartnäckigen Conduktor ausgedehnt wird. Zuweilen [5]) ging man insofern noch weiter, als man das remedium spolii auch bei dem Commodate gelten ließ, und dann die betreffenden Gesetzesstellen des Röm. Rechtes mittelst extensiver Interpretation zur Anwendung brachte. Der Fall der bloßen Besitzesstörung im eigentlichen Sinne blieb völlig unbeachtet. — In neuerer Zeit hat man nun zwar diesen einseitigen beschränkten Standpunkt verlassen, denn man sah wohl ein, daß, wegen der Gleichheit der Bedingungen aller Repräsentations-Verhältnisse das wissenschaftliche

---

2) fr. 12. fr. 18. pr. D. 43, 16. de vi.

3) const. 25. Cod. 4, 65. de loc. et cond. Vergl. mit const. 20 u. 23. eod.

4) const. 34. C. eod. const. 10. Cod. 8, 4. unde vi.

5) So sagt z. B. Leyser med. ad pond. spec. 153. Commodatarius commodanti rem commodatam repetenti exceptionem dominii opponere nequit, sed rem prius restituere et deinde vindicare debet arg. L. 25. Cod. de loc. et cond. Nec audiendum puto commodatarium, etsi jus suum in continenti docere paratus sit. Spolium enim committit commodans, dum restituere detrectat f. 20. de acqu. velam. poss. et arg. l. 12. de vi et vi arm.

Bedürfniß auch bei allen einen Ausspruch über die dem juristischen Besitzer gegen seinen Repräsentanten zu gestattenden Besitzesklagen verlange, ob aber nun dieser Ausspruch in der Weise erfolgt sey, daß er als eine richtige mit den Gesetzen übereinstimmende Entscheidung dieser Frage zu betrachten wäre, dürfte nach des Verf. Dafürhalten sehr zu bezweifeln seyn. Es wird nehmlich die Frage dahin beantwortet, daß der juristische Besitzer das interdictum unde vi und beziehungsweise uti possidetis gegen den Repräsentanten gebrauchen dürfe, es wird also dem juristischen Besitzer gegen den Repräsentanten unbedingter Besitzesschutz eingeräumt, und dieses sogar als eine so ausgemachte Sache behandelt, daß man sich selten die Mühe nimmt, diese Ansicht noch besonders zu begründen. So heißt es bei Savigny[6]) in der neuesten Auflage seines bekannten Werks S. 479: „Als Beklagter (nehmlich bei den interd. retin. poss.) gilt Jeder, dem wir die Besitzstörung vorwerfen können, also unter Andern auch unser Repräsentant in diesem Be-

---

6) Schon bei FLECK comment. binae de int. unde vi et remed. spol. findet sich eigentlich dieselbe Ansicht aufgestellt. Com. II. Sect. II. M. 1. pag. 102. Jam comprobavimus alio tempore, secundum propriam possessionis naturam, qualem in libris ac scriptis jureconsultorum romanorum deprehendimus, nihil interesse, num quis ipse rem possideat, an ministerio aliorum hominum, adeoque sequitur, ut si colono, commodatario, depositario ant procuratori res, quam alieno nomine tenebant, ablata fuerit, is qui eam locavit commodavit, deposuit, aut mandavit, possessionem actione spolii recuperare possit. In quo quidem casu remedium spolii non tantum adversus extraneos datur, *verum etiam adversus eos, quorum ministerio possidemus.* Jam Marcello teste interdictum unde vi locatori adversus colonum utile est, quando hic absque justa et probabili causa possessionem non restituit. Praeterea ex const. Diocl. et Maxim. conductores de proprietate litogaturi a limine judicis arceantur, quamdiu possessionem locatori non restituerint . . . . . *Idem fere statuendum est de eo, qui commodovit aut deposuit rem* . .
S. auch Albert das interdictum uti possidetis der Römer. Halle 1824. §. 37. u. 54.

sitz, z. B. der Miether eines Hauses, der gegen den Willen des Vermiethers etwas bauen oder einreißen will. Man könnte daran zweifeln, weil der Vermiether die actio locati hat; allein eben deßhalb hat er zwischen beiden Klagen die Wahl. In demselben Fall hat er sogar auch noch eine dritte Klage als Gegenstand der Wahl (nehmlich das interd. quod vi aut clam), durch welche Analogie unsere Behauptung von den possessorischen Interdikten noch bestätigt wird. Ebenso hat er unstreitig, wenn der Miether ihn aus dem Besitz herauswirft, die Wahl zwischen der *actio locati* und dem *Interd. de vi.*"

Gesetzesstellen, die mit dieser Behauptung auf direktem Wege in Verbindung stehen, werden hier nicht angeführt, der Verf. glaubt aber kaum zu irren, wenn er annimmt, daß auch dieser Schriftsteller hauptsächlich die Pandektenfragmente fr. 12. u. 18. pr. D. 43, 16. de vi etc. fr. 3. §. 2. D. 43, 17. uti possid. im Auge gehabt habe, in welchen der locator fundi und resp. der Vermiether eines Hauses mit dem interd. unde vi und uti possid. gegen den Conduktor geschützt werden. Nun ist es allerdings nicht zu leugnen, daß diese Art der Argumentation einen großen Schein der Consequenz für sich hat, denn wenn es nachgewiesen werden kann, daß die genannten Interdikte bei der loc. cond. wirklich gestattet waren, so scheint auf den ersten Blick kein Grund vorhanden zu seyn, warum dieselben Interdikte auch nicht in den übrigen Repräsentationsverhältnissen gestattet werden sollten. Dazu kommt noch, daß außerdem auch einige andere Gesetzesstellen [7]) vorhanden sind, die scheinbar in demselben Sinn ausgelegt, und zur Unterstützung dieser Behauptung benutzt werden könnten, namentlich fr. 20. D. 41, 2. de a. v. a. poss. fr. 3. §. 7. fr. 4. D. 43, 17. uti poss.

---

7) Vergl. darüber unter A. Savigny a. a. O. 6te Aufl. Einleitung p. LIX.

const. 11. Cod. 4. 37. dep. vel contra, betrachten wir aber diese Stellen genauer, so wird sich zeigen, daß Alles dieses auch nur auf bloßem Scheine beruht, und daß besonders vom Miethverhältnisse und den davon handelnden Gesetzesstellen schlechterdings kein allgemeiner Gebrauch gemacht werden darf. — Wir wollen versuchen, diese Ansicht im Folgenden ausführlich zu begründen.

§. 3.

Plan der Abhandlung.

Die Frage, ob in einem gegebenen Falle bestimmte Klagen zu gestatten sind, setzt vor Allem die Beantwortung der Frage voraus, welches die Bedingungen und gesetzlichen Merkmale dieser Klagen seyen. Ist dieser letztere Punkt auf richtige Weise beantwortet und entschieden, so bedarf es nur einer vergleichenden Anwendung, um zu einem eben so richtigen Resultate als Antwort auf jene erste Frage zu gelangen. Nun genügt es ohne allen Zweifel in Ansehung der petitorischen Rechtsmittel für eine solche Untersuchung, blos die einzelne zur Sprache kommende Klage, um deren Anwendung es sich eben handelt, speciell in's Auge zu fassen, und nach ihren gesetzlichen Erfordernissen dieselbe zu analysiren, bei der Untersuchung über Gestattung von possessorischen Rechtsmitteln dagegen bietet sich neben dieser speciellen noch eine andere äußerst wichtige, man könnte sagen eine generelle Seite der Betrachtung dar, die sich unabhängig von den gesetzlichen Erfordernissen der einzelnen Interdikte vor Allem mit der Beantwortung der Frage beschäftigt, ob possessorische Klagen überhaupt, also dem Gattungsbegriffe nach, in concreto möglich und anwendbar sind. — Es hängt dieser eigenthümliche Unterschied mit dem Wesen des Rechts und des bloßen Besitzes, sowie mit der besonderen Stellung, in der sich beide Begriffe der Natur der Sache nach zu einander befinden, innig zusammen. — Gewiß ist es noch Niemanden eingefal-

len, zu fragen, warum Rechte geschützt, warum wegen der Kränkung eines Rechts eine Klage gestattet wird. Jedermann fühlt schon, daß Recht und Rechtsschutz korrelate Begriffe in unzertrennlicher und nothwendiger Verbindung mit einander bestehen. Vernunft und positive Gesetzgebung heiligen darum nicht minder diesen Grundsatz, der ein Ausfluß unseres Denkvermögens, ohne im Widerspruch mit demselben zu gerathen, gar nicht weggedacht werden kann. — Ein Gleiches findet aber bei dem Besitze seinem Begriffe nach nicht statt [1]). Der Besitz, als die bloße Thatsache des Seyns, des Bestehens, im möglichen Gegensatze des Seyn-Sollens, der rechtlichen Nothwendigkeit, hat an und für sich keinen rechtlichen Schutz, und kann schon vermöge des allgemeinen Rechtsprincips und der rechtlichen Gleichheit [2]) keinen solchen in Anspruch nehmen. — Wenn demungeachtet in unserer positiven Gesetzgebung possessorische Klagen gestattet werden, so ist es also vor Allem Aufgabe der Jurisprudenz zu erforschen, was zu diesem Besitzesschutz Veranlassung gegeben habe, aus welchem Rechtsgrund possessorische Klagen eingeführt worden seyen, denn der Umstand, daß ein Besitz entzogen oder gestört worden ist, kann zunächst noch nicht als hinreichender Grund betrachtet werden, daß der entzogene oder gestörte Besitz auch widerhergestellt werden müsse.

---

1) S. übr. unten §. 6.

2) Diese Behauptung wird durch die nachfolgende Darstellung von §. 5—8. incl. deutlich werden. Es dürfte aber ebendarum auch bei der Anwendung der Besitzesklagen ganz besondere Vorsicht zu empfehlen seyn, und man sollte sich wohl mehr, als es bisher in Theorie und Praxis zu geschehen seyn pflegt, hüten, die Besitzesklagen gewissermaßen als Nothbehelf zu benutzen, und sich zu ihrer Rechtfertigung auf das Princip der Billigkeit zu berufen. Unseres Dafürhaltens widerstreitet nichts so sehr dem Principe der Billigkeit, als gerade der Besitzesschutz, wie er sich im gemeinen Rechte anerkannt findet. Man vergl. hiermit a. u. A. Puchta Lehrb. d. Pandekten-Rechts Leipzig. 1837. §. 296. Not. m.

Unsere Untersuchung zerfällt hiernach in zwei Hauptabtheilungen. In der ersten ist die Frage: ob im Allgemeinen possessorische Interdikte für die Repräsentationsverhältnisse zu gestatten seyen, aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des Besitzesschutzes **überhaupt**, aus der historischen Veranlassung und dem Rechtsgrunde der Besitzesklagen zu beantworten, in dem zweiten Abschnitte sind die gesetzlichen Erfordernisse der interd. retinendae und recuperandae possessionis, welche man auf den Fragefall angewendet wissen will, in specie zu prüfen, und dabei zugleich die dahin einschlagenden Gesetzesstellen einer genaueren Interpretation zu unterwerfen.

Erster Abschnitt.

Genereller Theil.

A. Kurze geschichtliche Aufzählung und Prüfung der verschiedenen Ansichten über die Entstehung und den Rechtsgrund des Besitzesschutzes.

§. 4.

a) Einleitende Bemerkungen.

Ueber den Rechtsgrund der possessorischen Klage, und, was damit zusammenhängt, über die Stellung des Besitzes im Rechtssysteme, herrschen bekanntlich unter unsern Juristen sehr verschiedene Ansichten. Wenn gleich Alle darin übereinstimmen, daß der Besitz seinem **natürlichen** Begriffe und seiner **ursprünglichen** Bedeutung nach einen blos faktischen Zustand repräsentire, und in soferne zunächst nicht der Rechtsbildung seine Entstehung verdanke, weichen sie doch wesentlich hinsichtlich der Frage von einander ab, ob der Besitz auch in unserm positiven Rechte diese faktische Grundlage noch beibehalten habe. Während man früherhin die possessio, inso-

weit sie einen eigentlich juristischen Charakter an sich trug, gewöhnlich aus dem Gesichtspunkte eines provisorisch rechtlichen Zustandes, eines präsumtiven Eigenthums [1]) zu beurtheilen pflegte, und damit den Gedanken in Verbindung setzte, daß die possessorischen Interdikte provisorische Vindicationen seyen, machte sich besonders seit Savigny [2]) die Ansicht geltend, daß der Besitz auch in seiner positiv rechtlichen Gestalt nicht als ein bloßes Faktum, und den Grund seines gesetzlichen Schutzes nur in der zu schützenden Persönlichkeit des Besitzers enthalten sey. In neuesten Zeiten [3]) bildete sich hiergegen eine dritte Meinung, welche weder in der vermutheten Rechtlichkeit des Besitzes, noch in der Persönlichkeit des Besitzers den Grund des Besitzesschutzes sucht, sondern den Besitz als ein wahres selbstständiges Recht betrachtet, der schon vermöge dieser ihm inwohnenden rechtlichen Natur geschützt werden müsse. Ueber die Beschaffenheit dieses Rechtes sind nun aber die Ansichten getheilt, denn bald wird gesprochen von einem relativen Sachenrecht, bald von einem Sachenrecht, bestimmt zum Schutze eines in Erwerbung des Eigenthums begriffenen Zustandes, bald von einem Rechte des eignen Willens, der eignen Person u. s. w. Eine vierte [4]) Meinung endlich faßt den Besitz zwar als bloßes Faktum auf, leitet aber den rechtlichen Schutz desselben nicht sowohl von der Unverletzlichkeit der Person des Besitzers ab, als vielmehr aus dem staatsrechtlichen Principe, daß alle Eigenmacht im Staate verboten sey.

---

1) S. u. a. Hufeland (G.) Darstellung der Rechtslehre vom Besitz; im Handbuch II. S. 53 ff. Vergl. mit Savigny S. 10. 465 ff.

2) a. a. O. S. 8 ff. S. 40 ff.

3) Gans Ed. System des Römischen Civilrechts im Grundrisse. Berlin 1827. S. 202. ff. Puchta im Rhein. Museum B. 3. S. 289. ff. Hasse ebendas. B. 6. S. 183. ff. Thaden über den Begriff des Röm. Interdiktenbesitzes. Hamburg 1833.

4) Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswiss. B. 7. S. 90. ff. Rauh Geschichte der Lehre vom Besitz. 1834.

Welcher von diesen verschiedenen Ansichten nun der Vorzug gebühre, muß eine kritische Würdigung der Gründe und Gegengründe lehren, die im Folgenden in möglichster Kürze versucht werden soll, hier mag blos noch die allgemeine Bemerkung ihren Platz finden, daß schon der Natur der Sache und bekannten Rechtsgrundsätzen nach, so lange die Vermuthung gegen jede Abweichung von der dem ursprünglichen Begriff des Besitzes angehörenden faktischen Qualität streitet, als nicht durch überwiegende Gründe das Gegentheil dargethan werden kann.

§. 5.

b) Ist der Besitz präsumtives Eigenthum?

Die Ansicht, daß der Besitz präsumtives Eigenthum, und überhaupt alle Besitzesklagen provisorische Rechtsmittel seyen, beruht auf dem Satze: daß, wer sich in der Ausübung des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts befinde, im Zweifel als der zur Ausübung Berechtigte angesehen werden müßte. Zur Entstehung dieser Ansicht mag wohl hauptsächlich der Umstand beigetragen haben, daß die possessorischen Interdikte Herstellung eines entzogenen oder gestörten Besitzes zum Zwecke haben, und deßhalb in ihrem prozessualischen Erfolge, abgesehen von ihrer blos provisorischen Natur, in der Hauptsache zu demselben Resultate führen, wie die petitorischen Rechtsmittel. Daneben ist aber auch wohl nicht der Einfluß zu verkennen, welchen die eine Zeitlang ziemlich allgemein herrschende Beweistheorie in dieser Beziehung geäußert haben mag. Man ging nehmlich hiernach von dem Gesichtspunkte aus, daß demjenigen im Prozesse die Beweispflicht obliege, welcher die Vermuthung gegen sich habe und begnügte sich nicht damit, dieser Theorie eine blos hypothetische Anwendbarkeit zu vindiciren, sondern glaubte in ihr ein absolutes durchgreifendes Prinzip entdeckt zu haben, was überall und ohne Ausnahme zur Anwendung komme. Eine natürliche

Folge davon mußte es seyn, daß auch der Besitzer als präsumtiv Berechtigter angesehen wurde, weil er ja im Conflikt mit demjenigen, der rechtliche Ansprüche an die besessene Sache bildete, vom Beweise befreit war, und diese Befreiung nach jener Ansicht nur aus der dem Besitzer zur Seite stehenden gesetzlichen Präsumtion erklärt werden konnte. — So bildete sich also eine Meinung, die aus äußeren, prozessualischen Gründen das Wesen des Besitzes und den Character des Besitzesschutzes zu erklären suchte.

Wir wollen nicht sagen, wie wenig schon die Begründungsweise dieser Meinung geeignet ist, für ihre Wahrheit zu gewinnen, und wie es weder den Anforderungen einer streng logischen Deduktion entspricht, noch mit den Gesetzen übereinstimmt, daraus, daß mehre Klagen unter Umständen denselben Erfolg haben, eine gleiche rechtliche Grnndlage vorauszusetzen, wir wollen auch nicht darauf hinweisen, was es heiße anzunehmen, daß alles faktisch Bestehende nach einer allgemeinen gesetzlichen Präsumtion im Zweifel als rechtlich bestehehend anzuerkennen sey, und wohin dieser Satz in seiner folgerichtigen Anwendung führen würde, das einfache Rechtsgefühl und die gesunde Vernunft sprechen darüber schon zur Genüge ab, und wir können uns hier nur darauf beschränken, mit ausdrücklichen Quellenzeugnissen und der gesetzlichen Natur der Besitzesklagen selbst diese Meinung zu bestreiten. Der Besitz soll präsumtives [1]) Eigenthum, die Besitzesklagen sollen provisorische Rechtsmittel seyn; nehmen wir einmal diese Behauptung als richtig an, was würden daraus für Folgerungen fließen? — Der Besitz kann, das

1) Es ist hier zunächst von dem eigentlichen Besitze, der vera s. corporis possessio die Rede. Uebrigens finden die im Texte folgenden Bemerkungen auch auf die quasipossessio ihre Anwendung, denn es liegt jener Ansicht überhaupt die Idee der vermutheten Rechtlichkeit des Besitzes resp. Quasibesitzes zu Grunde, und diese Idee ist es, die nicht zugegeben werden kann.

gibt Jedermann zu, vermöge seiner Natur auf rechtlichem und unrechtlichem Wege entstehen. Er kann entstehen durch freiwillige Uebertragung von Seiten des bisherigen Besitzers, aber auch eben so gut wider den Willen des bisherigen Besitzers, durch gewaltsame und heimliche Entreißung [2]). Dieser letztere Umstand bringt es nothwendig mit sich, daß die Widerrechtlichkeit der Entstehung des Besitzes in jedem einzelnen Falle, wenn nicht vermuthet, doch als möglich vorausgesetzt werden werden muß. Denken wir uns nun die beiden Fälle, wo ein Besitzprozeß stattfindet: einmal, der Besitz ist bloß gestört; zweitens, er ist entzogen. Im ersten Falle heißt es im Römischen Recht, der Besitzer werde gegen jede Störung geschützt, vorausgesetzt, daß er nur nicht von seinem jetzigen Gegner den Besitz vi, clam, precario erhalten habe [3]), im zweiten Fall findet selbst diese Beschränkung, wenigstens im neueren Rechte, nicht mehr Statt, und der Besitz wird unbedingt geschützt [4]). Stimmt nun aber dieses mit der vermutheten Rechtlichkeit des Besitzes überein, wenn, wie es ja hier gestattet wird, sogar der Besitz des erweislichen Gewalthäters, wenn der Besitz dessen, der offen erklärt, seinem Gegner mit Gewalt den Besitz entzogen zu haben, unter den Schutz der Gesetze gestellt, und dem Beklagten von vornherein jede Möglichkeit abgeschnitten wird, die Widerrechtlichkeit des Besitzes zu beweisen? Stimmt dieses mit den rechtlichen Grundsätzen über Präsumtionen, mit dem gesetzlichen Beweisverfahren überein? Gewiß nicht! Es ist ja bekannt, und der Endzweck alles gerichtlichen Verfahrens, so wie die rechtliche Gleichheit der Partheien erfordern es, daß

---

2) Theophilus B. II. T. 9. §. 4. Vergl. mit fr. 1. §. 30. D. 43, 16. fr. 1. pr. §. 9. D. 43, 17. §. 4, 6. Inst. 4, 15. Savigny a. a. O. S. 103 ff. Wening Ingenheim Lehrb. Thl. I. §. 109 not. e.

3) fr. 1. pr. §. 9. D. 43, 17.

4) §. 6. Inst. 4, 15.

provisorische[5]) Verfügungen nur da ihre Anwendung finden, wo besondere triftige Gründe, als etwa Abwendung einer dringenden äußern Gefahr, eine Abweichung vom gewöhnlichen Prozeßgange gebieten. Was sollte nun aber den Gesetzgeber bestimmt haben, im possessorischen Verfahren dem Beklagten jedes Vorbringen rechtlicher Einwendungen zu entziehen? Ist das possessorium, wie die Anhänger dieser Theorie meinen, nichts als ein provisorisches[6]) Petitorium, so würde sich, die Richtigkeit dieser Meinung auch vorausgesetzt, die gesetzliche Lehre der possessorischen Interdikte erst dann daraus erklären lassen, einmal, wenn es ausgemacht wäre, daß der Beweis des Besitzes schlechthin und in allen Fällen schneller erbracht werden könnte, als der Beweis des Eigenthums, und dann, wenn ohne die schleunigste Wiederherstellung des Besitzes ein größerer Nachtheil drohen sollte, als derjenige seyn würde, welcher den Beklagten durch verzögerte Anerkennung seines allenfallsigen jus possidendi treffen könnte. Weder das Eine noch das Andere wird aber in dieser Allgemeinheit Jemand zu behaupten wagen, noch viel weniger zu beweisen im Stande seyn; denn wenn es auch zugegeben werden kann, daß z u w e i l e n, ja daß selbst in den häufigsten Fällen der Besitz sich schneller beweisen ließe, als das Eigenthum, so bleibt doch noch immer die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen, und diese Möglichkeit allein wurde mit der u n b e d i n g t e n Ausschließung aller das Recht betreffenden Einwendungen in Widerspruch treten; — wenn ferner auch zugegeben werden soll, daß häufig dringende Gründe des öffentlichen Wohls für schleunige Entscheidung der Besitzesfrage sprechen, so sind doch auch dieses nur einzelne Fälle, aus denen keine allgemeine Regel, keine schlecht-

5) Vergl. darüber im Allg. G ö n n e r Handbuch des Proz. B. 4. Abhdl. 79, besonders §. 3—7.

6) S. auch S a v i g n y a. a. O. §. 36.

hin bindende Norm abstrahirt werden darf. Zu welchem Resultate würde überdieß diese Theorie führen, wenn wir den Fall annehmen, daß der Besitz dem Eigenthümer gewaltsam entzogen worden ist, und daß sich der Dejicient zur Zeit der Klageanstellung noch in dem gewaltsam entzogenen Besitz befindet? Hier konkurrirt nehmlich die Eigenthumsklage mit dem interd. unde vi, der aus dem Besitze Gesetzte kann sich also zur Wiedererlangung seines Besitzes des einen oder des andern Rechtsmittels bedienen; bei der Eigenthumsklage würde aber derselbe Besitz zu Gunsten des Beklagten präsumtiv als rechtmäßig erscheinen, der bei dem int. unde vi zu Gunsten des Klägers nur als unrechtmäßig angenommen werden könnte!

Unsere Gesetze stehen dieser Annahme auch geradezu entgegen, und es wird in vielen Stellen ausdrücklich dieser Unterschied zwischen Besitz und Eigenthum ausgesprochen [7]. So sagt Venulejus lib. I. Interd. fr. 52. pr. D. 41, 2. de a. v. a. poss.

Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent

und Ulpian fr. 12 §. 1. cod. lib. 70. ad Edict.

Nil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur vi interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

Ferner fr. 1. §. 2. D. 43, 17. uti poss. Ulpian lib. 69. ad Ed.

Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessor a proprietate. Fieri nam potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit.

---

7) v. Savigny a. a. O. §. 6. S. 39.

§. 6.

c) Ist der Besitz ein selbstständiges Recht?

Mit der im vorigen §. erörterten Theorie in der Hauptgrundlage verwandt sind die verschiedenen Ansichten, welche in neuerer Zeit von Ed. Gans, Puchta, Hasse d. j. und Thaden [1]) über das Wesen des Besitzes und den Rechtsgrund des Besitzesschutzes aufgestellt worden sind. Diese Schriftsteller fassen nehmlich den Besitz gleichfalls im Sinne eines wahren materiellen Rechts auf, gehen aber darin noch weiter, daß sie sich nicht darauf beschränken, diese rechtliche Natur als eine blos provisorische, präsumtive gelten zu lassen, sondern ihr einen definitiven Character beilegen. Nun faßt der Besitz, welcher im Römischen Recht durch Interdikte geschützt wird, bekanntlich zwei Elemente in sich, man könnte sagen einen intelligiblen und einen faktischen Bestandtheil; er ist die faktische Herrschaft über eine Sache, verbunden mit der Absicht, diese Herrschaft als Eigenthümer ausüben zu wollen (animus domini, possidendi etc. [2]). Je nachdem das eine oder andere dieser Elemente vorzugsweise als Grundlage des Besitzesschutzes angesehen wurde, zählte man den Besitz theils zu der Klasse der persönlichen [3]), theils zu der Klasse der dinglichen Rechte. Die letztere dieser Ansichten, zu der sich Hasse, Thaden und in gewissem

---

1) S. oben §. 4. Not. 3.

2) v. Savigny a. a. O. §. 9. Uebrigens gibt es Ausnahmsfälle, d. h., es wird zuweilen eine possessio ohne animus domini angenommen, was man heutzutage gewöhnlich einen abgeleiteten Besitz zu nennen pflegt, s. darüber, und die verschied. Streitfragen. Savigny ebendas. v. Wening Ingenheim Lehrb. d. Pand. Thl. I. §. 109 und die dort angef. Schriftsteller.

3) In diesem S. ist der Besitz bereits im Zusammenhange in einem System des Pandektenrechts dargestellt worden von Puchta (G. F.) Lehrbuch des Pand. Rechts. Leipzig 1387. §. 65 ff.

Sinne Gans[4]) bekennen, hat, was gewiß nicht in Abrede gestellt werden kann, vor der ersteren wenigstens noch den Vorzug, daß sie sich von der Hauptseite des Besitzes, der faktischen Grundlage, dem Verhältnisse der physischen Herrschaft über die Sache am Wenigsten entfernt, beide Ansichten trifft aber der gemeinsame Vorwurf, daß sie auf künstliche Weise zu erklären versuchen, was sich auf natürlichem Wege viel einfacher erklären läßt, daß sie dabei zugleich gegen klare Aussprüche der Gesetze verstoßen, daß sie die Eigenthümlichkeiten der possessorischen Interdikte gerade in den wichtigsten Beziehungen nicht im Geringsten aufklären, und daß sie endlich bei der Durchführung ihrer Ansichten die Consequenz verleugnen.

Ohne den Besitzesschutz würde wohl Niemand darauf verfallen seyn, dem Besitze die Natur eines Rechts zu vindiciren, da aber unsere positiven Gesetze sich nun einmal darüber so ausführlich und bestimmt aussprachen, daß derselbe mit Hülfe der Interpretation nicht mehr aus dem Wege geräumt werden konnte, so glaubte man sich nach Mitteln umsehen zu müssen, um diese auf den ersten Blick allerdings höchst auffallende, anomale Erscheinung mit dem Rechtssystem in Einklang zu bringen. Das Einfachste und Natürlichste schien es, den Besitz selbst als ein Recht zu betrachten, denn nun hatte man ja die Schwierigkeit vermieden, es zu erklären, wie ein blos faktischer Zustand zu einem rechtlichen Schutz gelangen könne; Rechte werden schon ihrer Natur nach geschützt, und es war somit der Schutz des Besitzes nichts wie ein Ausfluß des allgemeinen Rechtsprincips. Zudem paßte eine solche Betrachtungsweise gerade am besten in ein System des Civilrechts, und der systematischen Einheit durfte wohl schon willig manches Opfer gebracht werden! —

---

4) Gans sagt nehmlich: das Haben einer Sache nach der Seite des besondern Willens, sey Besitz, nach der Seite des allgemeinen Willens aber Eigenthum &c. Vergl. darüber Savigny S. 47.

Wir wollen das Streben nach systematischer Einheit nicht tadeln, wo es an seinem Platze ist, aber auch ihm sind seine Grenzen gezogen, die es nicht überschreiten sollte, und es kann, wie uns scheint, das Systematisiren nur dann von wahrem Nutzen für die Wissenschaft seyn, wenn die so gewonnenen Resultate nicht wie hier mit der positiven Gesetzgebung in offenen Widerspruch treten. In Widerspruch damit treten aber alle Ansichten, welche den Besitz als ein Recht betrachten, denn

1) ist es oberster Grundsatz des Vernunft- und positiven Rechts, daß Rechte nur durch einen rechtsgültigen Willensakt des Berechtigten [5]) entstehen und begründet werden können. Der Besitz kann aber durch Handlungen begründet werden, welche schon das natürliche Rechtsgefühl eines jeden Menschen als rechtswidrige, illegale bezeichnet, er kann begründet werden, wie wir schon im vorigen §. gesehen haben, durch gewaltthätiges durch heimliches Entziehen einer Sache, und das gilt nicht blos für den natürlichen Begriff des Besitzes, für die Detention, sondern in gleicher Weise für den juristischen Besitz, für die possessio im eigentlichen Sinne.

2) Enthalten unsere Gesetze auch nicht die leiseste Spur davon, daß der Besitz an sich ein Recht, und zwar ein selbstständiges Recht sey. Im Gegentheile zeigt die ganze Darstellung und Behandlungsweise in unsern Quellen, wie das faktische Element durchaus festgehalten, und nur hier und da nach dem Bedürfnisse der Gesetzgebung modificirt wird. Schon der Umstand, daß der natürliche Begriff des Besitzes von unsern Gesetzen an die Spitze der ganzen Untersuchung über Erwerb und Verlust des Besitzes gestellt wird, kann als Beleg hierzu angeführt werden.

---

5) Darauf liegt der Nachdruck, und so muß auch das bekannte Rechtsaxiom: ex injuria non fit jus verstanden werden.

fr. 1. pr. D. 41, 2. de a. v. a. poss. Paulus lib. 54. ad Edict.

Possessio appellata est, (ut et Labeo ait) a pedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur abeo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt.

Wie wenig auch von diesem ursprünglichen Begriffe in Betreff des faktischen Elements bei der engern gesetzlichen Bedeutung der possessio abgewichen worden ist, läßt sich aus vielen einzelnen Bestimmungen vielfach nachweisen, namentlich aber spricht dafür die wohl zu beachtende Thatsache, daß gerade die charakteristische Eigenschaft des natürlichen Besitzes, die ausschließliche Natur desselben, unter ausdrücklicher Berufung auf dieses natürliche Verhältniß, von den Gesetzen auch bei der possessio im e. S. anerkannt ist [6]).

fr. 3. §. 5. D. h. t. Paulus lib. 54. ad Edict.

Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. *Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.* Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere; duos injuste, vel duos juste non posse; *quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat; quod est verum. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quem ut tu stare vi-*

---

6) Vergl. damit fr. 19. pr. D. 43, 26. de prec. Julianus lib. 49. Dig. „Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam, nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt.“ Diesem widerspricht auch nicht fr. 3. pr. D. 43, 17. uti poss. Vergl. darüber überhaupt v. Savigny a. a. O. §. 11. bes. p. 194 ff.

dearis in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Dazu kommt noch, daß die Gesetze es ausdrücklich aussprechen, daß der Besitz ein bloßes Faktum sey: fr. 1. §. 3. D. eod. . . . . O filius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: *eum enim rem facti, non juris esse* und weiter §. 4. eod.

Si vir uxori cedat possessione (em) donationis causa, plerique putant possidere eum quoniam *res facti* infirmari jure civili non potest.

Wenn es dagegen in einigen andern Stellen heißt: possessio *plurimum* facti habet, possessio non tantum corporis, sed etiam juris est [7]), so stehen diese nicht entgegen, weil damit nur gesagt werden soll, daß auch rechtliche Grundsätze auf die possessio Einfluß äußern, daß in Ansehung des Daseyns, des Erwerbs und Verlustes der poss. manche Abweichungen durch die positiven Gesetze eingeführt worden seyen, aber diese Abweichungen hat auch noch Niemand abgeleugnet, sie alteriren nicht die Grundlage des Besitzes, und stoßen an und für sich noch nicht die Regel um, sondern sind nur als Singularitäten, und Ausnahmen von der Regel zu betrachten.

Das Resultat ist also, daß der Besitz den Gesetzen nach kein Recht, und der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte nicht in der Verletzung des Besitzes an sich enthalten seyn könne, daß folglich alle jene Ansichten, welche ihn demungeachtet als ein selbstständiges Recht betrachten, jedes gesetzlichen Fundaments entbehren. Aber diese Ansichten trifft sämmtlich, wie wir oben bemerkten, auch noch der Vorwurf, daß sie nicht zur Erklärung mancher Eigenthümlichkeiten der possessorischen Interdikte ausreichen, und daß sie in der An-

7) fr. 61. D. 4, 6. ex quib. caus. majoris. fr. 12. §. 2. D. 49, 15. de capt. et postlim. fr. 19. pr. D. 41, 2. de acqu. v. a. poss.

wendung auf die Interdikte sich des Fehlers der Inkonsequenz schuldig machen.

Der erste Vorwurf rechtfertigt sich dadurch, daß wir aus jenen Theorieen nicht ersehen, wie es komme, daß der Besitzesschutz nur auf bestimmte Formen[8]) der Verletzung beschränkt ist. Mag man nun mit Gans den Besitz als ein dingliches Recht nach der Seite des besondern Willens, oder mit Hasse als ein relatives Sachenrecht, oder mit Thaden als anfangendes Eigenthum, oder endlich mit Puchta als ein Recht der eignen Person des Besitzers ansehen, mag man irgend einer dieser verschiedenen Meinungen folgen, immerhin müßte jede Verletzung eines Besitzes eine Besitzesklage erzeugen, unter Andern namentlich auch die durch Betrug herbeigeführte Besitzesentziehung, weil es die Natur der Sache mit sich bringt, daß jedes Recht in objektiver Hinsicht einen absoluten Charakter hat, und folglich auch eine absolute Anerkennung erfordert. Nun hat man zwar in neuern Zeiten vielfach behauptet, daß der Besitz allerdings unbedingt geschützt werde, aber ganz abgesehen von der Wahrheit dieser Behauptung[9]), so ist doch so viel sicher und unbestreitbar, daß er im Röm. und jedenfalls im älteren Röm. Recht nicht unbedingt geschützt wurde, daß im Gegentheil der Besitzesschutz nur auf bestimmte wenige Formen der Verletzung beschränkt war, und wenn dieses selbst von den Vertheidigern jener Theorieen eingeräumt wird, so läßt sich das mit den Forderungen der Consequenz gewiß nicht in Einklang bringen!

---

8) Daher die Fälle der sogen. possessio vitiosa, vi, clam, precario possidere.

9) Ueber die Veranlassung dieser falschen Meinung, und die ihr zu Grunde liegenden Mißverständnisse s. v. Savigny a. a. O. §. 43. §. 49, 50. und besonders auch die Zusätze der 6ten Aufl.

§. 7.

d) Prüfung der Savigny'schen Theorie.

Ungleich näher der Wahrheit, als alle bisher erörterten Ansichten, steht die Savigny'sche Theorie. Sie sucht nicht dem Besitze auf künstliche Weise einen rechtlichen Charakter beizulegen, den er nie hat und haben kann, sondern hält sich ganz einfach an die ursprüngliche Grundlage desselben, an das faktische[1]) Moment, und liefert, indem sie den Rechtsgrund des Besitzesschutzes aus der Persönlichkeit des Besitzers ableitet, damit wenigstens den Beweis, daß die possessorischen Interdikte sich recht wohl auch auf diesem blos faktischen Fundamente in streng juristischer Weise erklären lassen. —

Savigny sagt nehmlich: S. 8. ff. „Der Besitz sey an sich kein Rechtsverhältniß, mithin sey auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung und sie könne es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletze. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschehe, so liege in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich sey, und dieses Unrecht sey es, was durch ein Interdikt aufgehoben werden solle. Die possessorischen Interdikte setzen also immer eine Handlung voraus, die schon durch ihre Form unrechtlich sey. Das gelte aber nicht bloß für die Gewalt, es gelte auch z. B. für das precarium, denn das interd. de precario beruhe darauf, daß es an sich unrecht sey, den guten Willen eines Andern zu mißbrauchen."

In der neuesten Auflage S. 40 bemerkt er weiter darüber: „Der Besitz erscheine zunächst als die blos faktische Herrschaft über eine Sache, und daher als ein Nichtrecht

1) Wenn Savigny a. a. O. §. 5. den Satz durchführt: der Besitz sey Recht und Faktum zugleich, so bezieht sich dieses darauf, daß der Besitz rechtliche Wirkungen haben kann, in seinen Folgen also einem Rechte gleich steht.

(verschieden von Unrecht) als ein rechtlich Indifferentes. Der Grund seines Schutzes liege in der Verbindung jenes faktischen Zustandes mit der besitzenden Person, durch deren Unverletzlichkeit er gegen diejenigen Arten der Verletzung mit gedeckt werde, durch welche stets zugleich die Person mitberührt werden würde. Die Person nehmlich solle schlechthin sicher seyn gegen jede Gewalt; geschehe ihr Gewalt, so sey dieß immer ein Unrecht, dieses Unrecht aber könne verschiedene Folgen haben. Die zwei äußersten möglichen Fälle seyen, 1) die Gewalt betreffe lediglich die Person, 2) die Gewalt betreffe neben der Person zugleich ein dieser Person zustehendes Recht, z. B. eine Sache an ihrem Eigenthum. In der Mitte zwischen diesen zwei äußersten Fällen liege der Fall, da die der Person zugefügte Gewalt zugleich einen Besitz störe oder entziehe. Ein selbstständiges Recht werde in diesem Falle nicht neben der Person verletzt, aber in dem Zustande der Person werde doch etwas zu ihrem Nachtheile verändert, und solle das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liege, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so könne dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes faktischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt habe." Nun führt Savigny S. 43 mehre theils prozessualische theils faktische Vortheile des Besitzes an, und fährt dann fort: „Diese Vortheile bildeten in ihrer Gesammtheit das Interesse der verübten Gewalt, wodurch denn der Besitz selbst fähig werde, ähnliche Wirkungen wie ein Recht hervorzubringen."

Wir haben diese Stellen so ausführlich mitgetheilt, weil wir vor Allem daraus Veranlassung nehmen wollen, auf einen Widerspruch aufmerksam zu machen, der uns darin zu liegen scheint. Savigny sagt nehmlich am ersten Orte ganz allgemein: der Rechtsgrund der Interdikte liege im formellen Unrechte, dieses formelle Unrecht finde sich bei allen Formen der possessorischen Interdikte, namentlich auch bei

dem precarium, denn hier werde der gute Wille eines Andern mißbraucht. In der letzten Stelle spricht er sich dagegen in einer Weise aus, die zu der Vermuthung führen könnte, als wolle er jenen allgemeinen Satz wieder restringiren. Er will den Rechtsgrund der possessorischen Interdikte erklären, und findet diesen in der Verbindung des Besitzes mit der besitzenden Person, durch deren Schutz der Besitz mit gegen Gewalt gedrückt werde. Würde daraus aber nicht mit Nothwendigkeit folgen, daß der Besitz nur gegen Gewalt geschützt werden könnte, und daß er überhaupt nur, so lange geschützt werde, als jene vorausgesetzte Verbindung mit der besitzenden Person wirklich vorhanden wäre? Würde dieses also nicht zu dem Resultate führen, daß der Besitz meistens alles rechtlichen Schutzes entbehren würde, da ja die unmittelbare physische Herrschaft nur selten vorhanden ist? Den Worten nach gewiß! doch wir werden weiter unten sehen, wie Savigny diese Consequenzen zu umgehen weiß, indem er der Person des Besitzers einen rechtlichen Schutz von solchem Umfange [2]) zukommen läßt, daß er sich auf die Verbindung des Besitzers mit der besessenen Sache gar nicht zu berufen brauchte. — Halten wir uns deßhalb hier blos an den Satz: „Der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte liege im formellen Unrechte" und knüpfen wir daran unsere wiederlegenden Bemerkungen. Sie zerfallen theils in solche, die die Theorie im Ganzen treffen, theils in solche, die einzelne Seiten derselben vorzugsweise berühren. — Sind Rechte verletzt, so erfordert schon die Vernunft, daß die verletzten Rechte wieder hergestellt werden, und der Staat würde seinem Zwecke und seiner eigenen Sicherheit entgegenhandeln, wollte er nicht zur Tilgung des begangenen Unrechts die nöthige Hülfe gewähren. Als ein Mittel zur Geltendmachung verletzter Rechte erscheinen

---

2) S. w. u. §. 14. dies. Abh.

aber die Klagen. Die Klagen sind also Rechtsverfolgungsmittel [3]), und schon dieser sprachliche Ausdruck führt uns von selbst darauf hin, wie den possessorischen Interdikten auch ein verletztes Recht zu Grunde liegen möchte. In dem Besitze an sich, das haben wir schon gesehen, kann es nicht liegen, aber wir behaupten auch, daß es eben so wenig in der Person des Besitzers, überhaupt in keinem privatrechtlichen Grunde zunächst zu suchen sey, und gerade darin haben wir Savigny zum Gegner. Wenden wir uns zuerst zu den allgemeinen Gründen, so dringen sich hier hauptsächlich zwei Fragen der Beantwortung auf,

1), stimmen die Besitzesklagen in ihrer Eingenschaft als selbstständige Klagen,

2), stimmen dieselben in ihrem Zwecke und Resultate mit jener Ansicht und den allgemeinen Rechtsbegriffen überein?

ad 1. Wenn man die Rechtskränkungen, die einen Menschen treffen können, nach ihren Objekten klassificirt, so sind es entweder solche, die den Menschen an seinem Vermögen, oder solche, die ihn an seiner Persönlichkeit treffen. Den Römern war dieser Unterschied sehr deutlich, und ihr Klagesystem stand mit demselben in genauer Verbindung. Nun aber bildete sich im Römischen Recht schon sehr frühe eine eigene juristische Form für diejenigen Arten von Rechtsverletzungen, welche man unter dem Namen der persönlichen zu begreifen pflegt, es bildete sich das Delikt der Injurien aus, welches schon in dem Zwölftafelgesetze begründet, späterhin, besonders durch Vermittelung des Prätors, so sehr erweitert wurde, daß selbst jede andere wissentliche Kränkung eines Rechts unter ihren Begriff fiel [4]). Lag nun den Be-

3) fr. 51. D. 44, 7. nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.

4) Theoph. l. IV. t. 4. Gaji Instit. com. lib. III. §. 220. ff. Vergl. mit tit. Dig. de inj. et fam. lib. 47, 10, namentlich fr. 18. §. 7. fr. 15. §. 31. fr. 23, 24, 44. fr. 21. §. 7. D. 47, 2..

sitzesklagen wirklich kein anderer Gesichtspunkt zu Grunde, als der Schutz der Unverletzlichkeit der Person des Besitzers, so war es denn doch gewiß das Einfachste und Consequenteste, das bereits vorhandene Rechtsinstitut zum Schutze des Besitzes zu benutzen, die Injurienklage dem veränderten Zwecke anzupassen, und ihr demgemäß eine solche Ausdehnung zu geben, daß das der Person zugefügte Unrecht in allen seinen Folgen, also auch in Bezug auf die durch die Besitzesstörung zugefügten faktischen Nachtheile getilgt werden konnte [5]). Denken wir uns einen heutigen Gesetzgeber, der von demselben Princip ausgehend, die Besitzesklagen in der Weise auffassen und abhandeln würde, wie wir sie im Römischen Recht abgehandelt finden, so würde ihn mindestens der Vorwurf treffen, daß er den Anforderungen strenger Logik nicht genügt habe. Was sollte uns aber hindern, dieselben Anforderungen auch an das Römische Recht zu stellen, bei dem wir doch sonst die klassische Schärfe und Consequenz in so hohem Grade bewundern, was sollte uns hindern, gerade aus dem Umstande, daß der persönlichen Verletzung von den Gesetzen mit keinem Worte Erwähnung geschieht, daß auch die ganze Stellung der possessorischen Interdikte nicht auf den Zusammenhang mit einer solchen Rechtsverletzung schließen läßt, zu folgern, daß überhaupt dieser ganze Gesichtspunkt unsern Quellen fremd gewesen sey? Dem Römischen Rechte lag ja die Injurienkage als Auskunftsmittel so nahe, da der Begriff derselben sich nicht auf die bloße Schmälerung des intellektuellen Gutes der Ehen beschränkte, und da, wie viele ausdrückliche Quel-

---

5) Man kann auch nicht einwenden, es sey etwas Anderes, eine actio und ein Interdikt, denn eben dieser Unterschied weist ja schon darauf hin, daß den possessorischen Interdikten nicht dieselbe Rechtsverletzung, dasselbe rechtliche Fundament, wie der Injurienklage, zu Grunde liegen kann.

lenzeugnisse [6]) es bestätigen, eine Conkurrenz zwischen Besitzes- und Injurienklagen wirklich stattfinden konnte, ohne daß eine Injurie im heutigen Sinne des W. dabei vorkam.

ad 2. Was die zweite Frage betrifft, so kann es einer unbefangenen Prüfung nicht entgehen, wie die Besitzesklagen in ihrem Zwecke und Resultate auf die Geltendmachung und Verfolgung rechtlicher Ansprüche in hohem Grade lähmend einwirken, denn wenn es auch wahr ist, daß das Petitorium durch ein vorausgegangenes possessorisches Urtheil nicht ausgeschlossen wird, so ist es doch eben so wahr, daß in possessorio durchaus keine das Recht betreffende Ansprüche und Einwendungen als solche geduldet werden, und schon diese Verzögerung der Anerkennung eines Rechts widerspricht im Allgemeinen dem Rechtsprincip. Nun sagt zwar Savigny, auch den Besitzesklagen liege ein verletztes Recht zum Grunde, aber er stellt dabei selbst nicht in Abrede, daß die Wirkung, welche dieses verletzte Recht auf den Besitz äußere, nur eine zufällige sey, und bei der Besitzesklage nur als das Interesse, als die Summe der faktischen Nachtheile, welche den Besitzer durch die Besitzesstörung treffen, in Anschlag komme. Gesetzt also den Fall, das persönliche Recht des Klägers, (jus *possessionis*) trete mit einem dinglichen Recht des Beklagten (jus *possidendi*) in Conflikt, so würde der Savigny'schen Theorie zu Folge dem ersteren, und zwar um rein zufälliger faktischer Vortheile willen ein Vorzug eingeräumt werden müssen. Wäre aber dann nicht mit vollem Rechte der Vorwurf begründet, daß das Röm. Recht, wir sagen nicht gegen alle Grundsätze der Billigkeit sich vergangen, nein, durchaus inkonsequent gehandelt

---

6) S. u. a. fr. 13. §. 7. D. 47, 10. fr. 25. D. 19, 1. de act. emt. v. Vergl. mit Voet comment. ad pand. lib. 43. tit. 17. §. 3. Siehe Lange (Joh. Christ.) Philosophisch-juristische Abhandlung über die Natur des Besitzes Bd. II. §. 136.

hätte? Bedurfte es denn überhaupt zum Schutze der Person des Besitzers solcher Bestimmungen, die dem Berechtigten die Geltendmachung seines wohlbegründeten Rechtes auf den Besitz der Sache (jus possidendi) erschwerten? Hätte nicht im Gegentheile das Gesetz, wenn es ihm blos um das zu schützende Privatrecht der Persönlichkeit des Besitzers wäre zu thun gewesen, durch die Eigenthümlichkeiten der possessorischen Interdikte ohne alle Noth die Möglichkeit eines Confliktes erst herbeigeführt, den es nicht allein eben so gut, sondern noch weit besser, und in größerer Uebereinstimmung mit sich selbst und den Grundsätzen des Vernunftrechts, hätte vermeiden können? Man bedenke doch nur, daß ja ohnehin das possessorische Verfahren seiner Natur nach keinen peremtorisch-rechtlichen Zustand begründet, daß also im Falle des Conflikts das nachfolgende Petitorium den Besitz und was damit zusammenhängt, auf denselben Punkt zurückführt, wo ihn schon die petitorische Exception hingeführt haben würde, und daß folglich das Gesetz hier mit der einen Hand entzieht, was es mit der andern nur auf einem Umwege wiedergibt. — Zu dem Allen kömmt aber noch, wie der Gesichtspunkt, welcher den Zweck der Besitzesklagen blos als des Interesse eines verletzten persönlichen Rechts in Anschlag bringt, zu viel, und darum nichts beweisen würde. Wir erinnern hier an den Fall, einer sog. possessio nulla seu invalida; z. B. es habe A. während der Abwesenheit des B. dessen Haus okkupirt. Noch ehe B. etwas von der Okkupation erfahren, und ehe er also nach der bekannten Bestimmung des Römischen Rechts [7]) den Besitz seines Hauses verloren habe, werde B. von einem Dritten C. mit Gewalt aus dem Hause geworfen.

---

7) fr. 3. §. 8. fr. 6. §. 1. fr. 7. fr. 18. §. 3. fr. 25. §. 2. fr. 46. D. 41, 2. de acqu. vel am. poss. fr. 1. §. 24. D. 43, 16. v. Savigny a. a. O. §. 31. p. 409. ff. §. 41. p. 553. ff.

Hier ist es keine Frage, die Person des B. ist durch die gewaltsame Dejektion verletzt worden, es ist ferner keine Frage, daß B. ein vollständiges faktisches Interesse an der Behauptung des Besitzes hatte, daß er sich im Genusse der faktischen Vortheile eines Besitzers befand, und demungeachtet wird ihm keine Besitzesklage gestattet, wiewohl die persönliche Rechtsverletzung verfolgt wird, öffentlich, um mit den Römern zu reden, durch die lex Julia de vi, im Privatinteresse aber mit der Injurienklage, mit der actio legis Corneliae [8]. —

Wenden wir uns nun zu den besonderen, specielleren Gründen, und verfolgen wir die Besitzesklagen auf der Grundlage von Savigny's Theorie mehr im Detail, so treten uns auch hier nicht weniger manche Bedenklichkeiten entgegen, die sich sämmtlich in dem Satze zusammenfassen lassen, daß Manches postulirt und als bewiesen vorausgesetzt wird, was vor Allem erst eines Beweises bedürftig wäre. Dieses gilt namentlich von der Form der Gewalt, fassen wir dieselbe nun auf im gewöhnlichen Sinne des Worts, als vis corporalis, oder in der ausgedehnteren Bedeutung, wie solche den Besitzesklagen, und namentlich den interd. retinendae possessionis zu Grunde liegt. — Savigny sagt: „Gewalt ist schlechthin verboten und Unrecht," wir können ihm das, insofern es sich um körperliche Gewalt handelt, zugeben, und dennoch behaupten, daß daraus noch nicht für das Römische Recht die absolute Widerrechtlichkeit einer gewaltsamen Besitzesstörung folge. Jener Ausspruch ist nehmlich nur ein Axiom des Vernunftrechts, und als solches, wie so viele Aussprüche desselben, bedingt durch Voraussetzungen, die in demselben Boden ihre Wurzel haben.

Will man nicht zu Trugschlüssen gelangen, so ist es da-

---

8) Diese Klage umfaßte das put, sare, verberare, *vi introire*. fr. 5. fr. 37. §. 1. D. 47, 10.

her bei der Uebertragung und Anwendung naturrechtlicher Begriffe auf positive Rechtsinstitute erstes Erforderniß, den Zusammenhang aller sich gegenseitig bedingenden Rechtssätze zu ergründen, und zu sehen, ob alle diese zusammengenommen im positiven Rechte ihre Anerkennung gefunden haben. Nun sagt die Vernunft: die Bedingung der vernunftgemäßen Coexistenz der Menschen sey der Staat, der Staatszweck aber nur erreichbar, wenn der Einzelne seine richterliche Gewalt in die Hände des Organs der Gesammtheit niederlege, — in dieser Verbindung erscheint auch, was sich nicht leugnen läßt, jener Savigny'sche Satz vollkommen gerechtfertigt. Deßhalb ist er es aber immer noch nicht für das Römische, überhaupt nicht für irgend ein positives Recht; denn die tagtägliche Erfahrung lehrt ja, daß gar häufig naturrechtliche Grundsätze in der positiven Gesetzgebung keine Anwendung finden, die Geschichte unserer eigenen Vorzeit lehrt uns, daß lange hindurch Staaten bestanden, bei denen die Selbsthülfe gesetzlich sanktionirt war. Mit andern Worten — Savigny setzt bei dieser Behauptung voraus, die Selbsthülfe sey zur Zeit der Einführung der possessorischen Interdikte im Röm. Recht schon verboten gewesen, und bleibt uns den Beweis dieser Behauptung schuldig [9]. Im Wesen der Interdikte und des Besitzesschutzes liegt es aber, daß der Besitz, wenn er als solcher geschützt werden soll, eben so gut gegen den Berechtigten wie gegen den Unberechtigten geschützt werden müsse, und daß folglich auch die possessorischen Interdikte schon in ihrer Entstehung und in ihrer ursprünglichsten Gestalt diese bei-

---

9) Daß die Selbsthülfe nicht erst durch Mark Aurel verboten wurde, geht auch wohl schon daraus hervor, weil wir aus den Zeiten des älteren Römischen Rechts nur bestimmte besonders begünstigte Rechtsverhältnisse kennen, wo sie, wie z. B. in den Fällen der pignoris capio gestattet war, und weil überhaupt ihre Ausübung von bestimmten formellen und materiellen Bedingungen abhing. Vergl. darüber Gaji Inst. l. VI. §. 11—29.

den Fälle umfassen mußten. — Das Bisherige gilt übrigens auch nur von dem Falle einer körperlichen Gewalt, einer eigentlichen Verletzung der Person der Besitzers. Die weitere Bedeutung von vis, wonach der herrschenden Meinung zu Folge, jede ohne den ausdrücklichen Willen des Besitzers zum Nachtheile des Besitzes vorgenommene Handlung zu verstehen wäre, würde vollends zu einem den Gesetzen ganz unbekannten Willensschutze führen, einem Willensschutze, über welchen, wie uns scheint, im eigenen Widerspruche mit sich Savigny S. 47. d. neuesten Auflage folgendes Urtheil fällt: „daß der Wille an sich (auch der un„rechtliche) ein zu schützendes sey„ wird gesagt, aber nicht „gerechtfertigt, denn nach der allgemeinen Natur des Rechts„streits soll nur der dem Recht entsprechende Wille geschützt, „der unrechtliche aber bekämpft werden.“ . . . . .

§. 8.

e) Ist der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte in dem Verbote der Selbsthülfe enthalten?

Die Ansicht, welche den Rechtsgrund des Besitzesschutzes aus der Widerrechtlichtlichkeit der Selbsthülfe ableitet, entspricht allein allen Anforderungen, die an eine Theorie zur Erklärung der Römisch-rechtlichen Besitzesklagen aus dem Standpunkt der Wissenschaft gebildet werden können. Den Besitz als bloßes Faktum auffassend, und insofern den Hauptfehler vermeidend, den sich Savigny's Gegner zu Schulden kommen lassen, entgeht sie andererseits zugleich den mancherlei Widersprüchen, in welche die Savigny'sche Theorie in ihrer konsequenten Durchführung verfällt, sowohl was ihre Stellung zum ganzen Rechtssyme und der allgemeinen Rechtsbegriffe, als ihre Beziehung zu den Interdikten anbelangt. Sie rechtfertigt nehmlich den Besitzesschutz nicht aus dem verletzten Recht der Persönlichkeit, überhaupt aus keinem Privatrechte an sich, und es erscheint darum nach ihr auch nicht als auffallend, wie in dem einen Falle die Klage

zum Schutze der Persönlichkeit mit der Besitzesklage konkurriren, in dem andern diese Conkurrenz cessiren kann, wie ferner eine Besitzesklage gestattet wird, ohne daß die Person des Besitzers als solche auf irgend eine Weise verletzt worden ist [1]), wie aber auch umgekehrt bei einer wirklich stattgefundenen persönlichen Verletzung des Besitzers das dadurch begangene Unrecht nur theilweise mit der Besitzesklage aufgehoben werden kann, wie unsere Gesetze dazu gekommen waren, bei der Ausübung gewisser Rechte einen Quasibesitz [2]) eintreten zu lassen, und diesen ganz nach der Analogie des körperlichen Besitzes unter den Schutz der Gesetze zu stellen, wie endlich die Person des bloßen Besitzers im Conflikte mit dem zum Besitze berechtigten zum Nachtheile dieses letztern im Besitz erhalten und geschützt werden konnte. Alles dieses widerstreitet unserer Ansicht nicht im Geringsten, die ihrem Zwecke und ihrer Tendenz nach rein publicistischer Natur in dem Interdiktenschutze nur ein passendes Mittel sieht, der Selbsthülfe entgegen zu wirken, insoferne diese die rechtliche Ordnung im Ganzen und die rechtliche Sicherheit der Einzelnen in besonders hohem Grade gefährdet. Der Besitz wird also nicht um seiner selbst willen, nicht um der Person des Besitzers willen geschützt, er wird geschützt, wenn wir uns dieses analogen technischen Ausdrucks bedienen sollen, nicht zu Gunsten *(in favorem) possessoris*, sondern zur Strafe *(in odium)* [3]) desjenigen, der die Besitzesstörung vorgenommen hat.

---

1) Wenn man nehmlich nicht einen unzuläßigen Willensschutz annimmt, worüber §. 14. dies. Abh. zu vergleichen ist.

2) Es ist gewiß eine gezwungene Erklärung, wenn man die Verbindung der besitzenden Person mit der besessenen Sache auch bei dem Quasibesitz, namentlich, wo die Ausübung der dinglichen Rechte nicht mit der Innehabung verknüpft ist, z. B. bei dem Quasibesitze von Realservituten als Grund des Besitzesschutzes zur Anwendung bringen will.

3) cf. fr. 40. pr. fr. 19. pr. D. 12, 6. de condict. indeb. fr. 9. §. 4. D. 14, 6. de Senatus consult. Maced.

Was man auf den ersten Anblick gegen die Richtigkeit dieser Meinung geltend machen könnte, und was auch wirklich gegen dieselbe vorgebracht worden ist [4]), ist das, daß man ihr vorwirft, sie habe zunächst nur einen Fall des Besitzesschutzes vor Augen, den Fall nehmlich, wo die störende Handlung von dem zum Besitze Berechtigten ausgegangen sey, denn darauf passe ja nur die Idee der Selbsthülfe. Wir leugnen das nicht, glauben aber kaum, daß dieses der Ansicht selbst nur irgend zu einem Vorwurf gereichen dürfte. Man denke sich doch in die Lage des Gesetzgebers! Der Prätor habe, ausgehend von dem Gesichtspunkte, Selbsthülfe sey unverträglich mit der gesetzlichen Ordnung im Staate, den Grundsatz ausgesprochen: „Wenn Jemand sich eigenmächtig seine Sache aus dem Besitze eines Andern aneigne, so solle ihm diese Eigenmacht zu nichts helfen, dem Besitzer vielmehr eine Klage gegeben werden, wodurch Alles in den früheren Zustand wieder zurückversetzt würde. Was mußte die nothwendige Folge von einer solchen gesetzlichen Anordnung seyn? Ohne Zweifel, daß der Gesetzgeber nun keinen Augenblick mehr ein Bedenken trug, dieselbe Klage auch dann zu gestatten, wenn die Störung des Besitzes nicht von dem Berechtigten ausgegangen war, denn es hätte ja sonst das größere Unrecht nur größere Vortheile gewährt. So etwas läßt sich aber um so weniger annehmen, als die Besitzesklagen eben dem Prätorischen Edikte ihren Ursprung verdanken, und es bekannt ist, wie gerade der Prätor vorzüglich im Geiste der aequitas wirkte. Wenn also auch die Idee der Selbsthülfe zunächst nur eine Seite des Besitzesschutzes berührt und berühren konnte, so kann doch nicht der Besitzesschutz als auf diesen einen Fall beschränkt angesehen werden, denn die logische Consequenz und das Princip der Gerechtigkeit mußten nothwendig die

---

4) v. Savigny a. a. O. S. 50.

unbedingte rechtliche Anerkennung des Besitzstandes, insoweit überhaupt die Rechtswidrigkeit der Selbsthülfe darauf einen Einfluß äußern konnte, herbeiführen. — Um jedoch gegen alle etwaigen Mißverständnisse gesichert zu seyn, fügen wir noch Folgendes bei: Es handelt sich hier um Aufsuchung des Rechtsgrundes der possessorischen Interdikte, und dieser Rechtsgrund muß, wie sich von selbst versteht, auf alle Fälle des Besitzesschutzes sich gleichmäßig erstrecken, er muß es uns erklären, wie der Besitz gerade in der Weise und dem Umfange, wie ihn die Gesetze schützen, zu diesem Schutze gelangt ist. Nun ist es sehr wohl möglich, daß gewisse einzelne Fälle des Besitzesschutzes aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten in streng juristischer Weise erklärt werden können, wie z. B. die Form der vis im e. S. insofern sie sich als wirkliche Verletzrng der Person äußert, und insoferne zugleich diese Verletzung von einem zum Besitze Nichtberechtigten ausgegangen ist, aus der Savigny'schen Theorie vollständig erklärt werden kann. Darum läßt sich aber noch nicht sagen, daß diese verschiedenen Ansichten auch alle richtig seyen, denn so lange ihre Anwendbarkeit nur auf einzelne Fälle beschränkt bleibt, fehlt ihnen gerade das unumgänglich nothwendige Merkmal jedes allgemeinen Rechtsprincips, das Merkmal der Allgemeingültigkeit, und dieser Fehler stellt sie im Grunde genommen mit jeder schon von vornherein falschen Ansicht auf gleiche Linie. — Auf der andern Seite ist aber auch der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte nicht zu verwechseln mit der historischen Veranlassung, mit der Frage, welcher Fall des Besitzes etwa zuerst von den Gesetzen mit Klagen geschützt worden sey. Wir können unbeschadet unserer oben ausgesprochenen Ansicht zugeben, und es ist dieses vielleicht ganz wahrscheinlich, daß die Besitzesklagen in ihrer ursprünglichen Gestalt nur ein Surrogat des Selbstvertheidigungsrechtes bildeten, indem man damit den Besitzer, der nicht physisch im Stande

gewesen, sich in seinem Besitze zu erhalten, mittelst Gestattung von Klagen rechtlich zu Hülfe kommen wollte; — wollte man nun aber dieses Selbstvertheidigungsrecht auch als den Rechtsgrund des Besitzesschutzes auffassen, so wäre dieses gewiß ein arger Irrthum, der uns nur zu höchst unrichtigen Schlüssen verleiten müßte, und überdem bei der Erklärung der possessorischen Interdikte nichts nützen könnte.

In dieser Beziehung leistet nur die Idee der Selbsthülfe, was eine solche Theorie leisten soll, und es ist hier der Platz, den bisherigen allgemeinen Betrachtungen auch noch einige speciellere gesetzliche Rücksichten zur Seite zu stellen.

Vor Allem verdient es Beachtung, daß unsere Quellen die possessorischen Interdikte selbst mit den übrigen die Selbsthülfe betreffenden Bestimmungen zusammenstellen. So heißt es in den Institutionen

§. 6. Inst. IV. 15. tit. de Interd.

Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam vel precario possideat. Sedex *constitutionibus sacris* (ut supra diximus), si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur, si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. . . . .

Ebenso fr. 1. §. 2. D. 43, 16. de vi et vi arm.

Nequid autem per vim admittatur, etiam legibus Julius prospicitur publicorum et privatorum, *nec non et constitutionibus principum.*

In folgender Stelle wird ausdrücklich in Bezug auf das interdictum unde vi der publicistische Standpunkt [5])

---

5) Darauf scheint auch zu gehen, was Teophil. IV. 15. pr. sagt: „Wenn „nun zwischen Zweien über Besitz oder gleichsam (Quasi-) Besitz Streit

anerkannt, indem sich der Satz ausgesprochen findet, es solle nicht erlaubt seyn über das interdictum unde vi zu paciſciren, weil der Staat selbst bei der Anstellung dieser Klage betheiligt sey.

fr. 27. §. 4. D. 2, 14. de pactis. PAULUS lib. 3. ad Edict. Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris; expedit enim timere furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa haec pacisci possumus. Item, ne experiar interdicto unde vi, *quatenus publicam causam contingit,* pacisci non possumus.

Ganz besonders spricht aber auch noch dafür eine Gesezzesstelle, die man bisher nicht genug in diesem Sinne beachtet zu haben scheint, nehmlich

fr. 1. §. 2. D. 43, 24. quod vi emt. clam. ULPIANUS lib 71. ad Edict.

. . . . et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non. Sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto (sclt. int. quod vi aut clam), propter quod vi aut clam fecit; *tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci* [6]).

Das interdictum quod vi aut clam stellt bekanntlich derjenige an, zu dessen Nachtheil gewaltsam oder heimlich etwas an einem Grundstücke verändert worden ist. Gewalt ist aber schon vorhanden, wenn etwas gegen das ausdrückliche Verbot des Berechtigten geschieht, Verheimlichung, wenn man nur vernünftigerweise ein Verbot voraussehen

„entsteht, so gehen sie zum Prätor, und legen es ihm vor. Weil es „vielmals geschieht, daß sowohl Morde begangen als „auch Wunden zugefügt werden, auch Thätlichkeiten „vorfallen bei solchen Streitigkeiten, so tragen sie dem „Prätor den Vorfall vor.“ . . . . Uebers. von Wüstenmann Bd. II. S. 465.

6) Von derselben Stelle wird auch weiter unten, zur Erklärung der *vis* Gebrauch gemacht werden. cf. §. 14.

konnte [7]). Nun heißt es in unserer Stelle: es solle nichts darauf ankommen, ob man zur Vornahme der Handlung berechtigt sey, oder nicht, das Unrecht liege schon darin, daß Etwas heimlich oder gewaltsam geschehe. In soferne stimmt das interd. quod vi aut clam mit den possessorischen Klagen überein, und läuft mit denselben parallel, denn auch diese werden nur der begangenen vis halber selbst gegen den zum Besitze Berechtigten gestattet. Auf den ersten Anblick könnte man deßhalb darin den sprechendsten Beweis für die Wahrheit der Savigny'schen Theorie zu finden glauben, denn hier wird ja die Person des Besitzers zunächst auch nicht beeinträchtigt, sondern es wird nur ohne oder gegen ihren Willen gehandelt, also, könnte man daraus schließen, stellt das Röm. Recht den Willen eines Menschen als solchen unter den Schutz der Gesetze, und jede Verletzung desselben ist Unrecht. Betrachtet man aber die Stelle etwas näher, legt man namentlich auf die Worte des Nachsatzes Gewicht, und bringt diese mit dem Vorhergehenden in Verbindung, so gestaltet sich das Sachverhältniß ganz anders. Wir finden nehmlich alsdann in dem Nachsatze den Aufschluß darüber, weßhalb das int. quod vi aut clam auch gegen den Berechtigten gestattet wird, mit a. W. wir finden die Behauptung ausgesprochen, daß das Interdikt nur deßhalb gegen den Berechtigten zu gestatten sey, weil dieser es versäumte, jus suum tueri, d. h., weil er es unterließ den Rechtsweg zu betreten, und sich statt dessen einer gesetzlich verbotenen Eigenmacht schuldig machte.

B. Uebergang zur folgenden Darstellung.

§. 9.

Wir bemerkten gleich im Anfange unserer Untersuchung,

---

7) fr. 1. §. 5—9. fr. 5. §. 7. fr. 7. §. 2. fr. 20. pr. §. 1. fr. 3. §. 7. fr. 5. §. 2. D. 43, 24. quod vi aut clam.

daß es bei der Beantwortung der Frage, ob die possessorischen Interdikte dem juristischen Besitzer gegen seinen Repräsentanten zu gestatten seyen, hauptsächlich auf die mehr oder weniger strikte Interpertation der Gesetzesstellen ankommen, worin dem Vermiether gegen den Miether das interd. unde vi und beziehungsweise uti possidetis gestattet werden [1]. Die bisherige Untersuchung hat uns nun den Weg zur Lösung dieser Aufgabe geöffnet, denn wir haben dadurch einen allgemeinen Standpunkt gewonnen, der uns, die Richtigkeit des dort entwickelten Rechtsprincips vorausgesetzt, die Möglichkeit gewähren muß, jedem einzelnen in den Gesetzen besonders berührten Falle seinen Platz im Verhältnisse zur ganzen Interdiktenlehre anzuweisen. — Wir drücken uns absichtlich in dieser Weise aus, und wollen damit angedeutet wissen, daß es keineswegs unsere Meinung ist, von dem Rechtsgrunde der possessorischen Interdikte bei der Anwendung auf die einzelnen Fälle einen exklusiven Gebrauch in dem Sinne zu machen, als ob alles nicht darunter Passende nur um dieser Ursache willen abgeleugnet und wegdemonstrirt werden müsse. Solch' eine Behandlungsweise, mag sie an und für sich auch noch so sehr den Schein der Consequenz an sich tragen, führt auf die gefährlichsten Abwege, da bekanntlich im Gebiete der Jurisprudenz praktische Bedürfnisse und äußere zufällige Einflüsse der verschiedensten Art einen so großen Antheil an der Ausbildung der Wissenschaft haben. Wäre das Röm. Recht nur in streng logischer Weise verfahren, und hätte sich nicht von dem Rechtsgrund der possessorischen Interdikte entfernt, so würde es unter Anderm keinem Bedenken unterliegen, daß das precarium nicht mit einem possessorischen Interdikte geschützt werden könnte, denn eine Selbsthülfe im eigentlichen Sinne d. W. ist ja hier gar nicht mehr denkbar, weil der precario accipiens schon durch

---

1) S. oben §. 2.

die prekäre Uebertragung physisch in die Herrschaft der Sache gesetzt wird [2]). Wer wollte es nun aber wagen, darum die ganze Existenz des interd. de precario abzuleugnen, oder den allgemeinen Rechtsgrund auch hier zur Anwendung zu bringen, ohne sich dem gerechten Vorwurfe eines gewaltsamen und willkührlichen Interpretationsverfahrens auszusetzen? Hier kann uns nur der a potiori abgeleitete Erfahrungssatz „keine Regel ohne Ausnahme" als leitender Gesichtspunkt dienen, und wir dürfen uns nicht scheuen, aus etwaiger Besorgniß, die Wahrheit der Regel könne darunter leiden, dieses offen auszusprechen, und was Ausnahme ist als solche anzuerkennen. Gelingt es uns dann noch, einen plausiblen Grund zu entdecken, weßhalb von der Regel abgewichen wurde, so haben wir ja alle Anforderungen eines streng wissenschaftlichen Bedürfnisses zum Ueberflusse befriedigt. Bei dem precarium springt dieser Grund in die Augen, wenn man nur die eigenthümliche Beschaffenheit desselben berücksichtigt. — Man versteht unter precarium bekanntlich das Rechtsverhältniß, wodurch Jemanden eine Sache ꝛc. zum unentgeltlichen und stets widerruflichen Gebrauch überlassen wird [3]). Dieses letztere Merkmal brachte es schon mit sich, daß das Prekarium weder als Commodat noch als ungenannter Realkontrakt betrachtet werden konnte. Eine natürliche Folge hiervon mußte es seyn, daß weder die acto commodati, noch eine a. praescriptis verbis aus demselben gestattet wurden. Sollte nun aber doch das ganze Rechtsverhältniß Realität haben, und

---

2) Den physischen Besitz erhielt der precario accipiens jedenfalls; ob er aber auch regelmäßig die possessio erlange, darüber sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. S. Savigny a. a. O. S. 348. ff. S. 357. ff. Schröter observ. jur. p. 60. seq. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 109.

3) fr. 1. pr. fr. 2. §. 3. fr. 3. D. 43, 26. Ueber den wahrscheinlichen historischen Ursprung dieses Rechtsverhältnisses. S. Niebuhr Röm. Geschichte Th. 2. S. 371. v. Savigny §. 42. S. 563.

namentlich der Widerruf nicht blos in der Idee bestehen, so mußte nothwendig dem precario dans ein Mittel gegeben seyn, mittelst gerichtlichen Zwangs zu erlangen, was ihm etwa der freie Wille seines Gegners versagte. Dazu eignete sich aber eine Besitzesklage am besten, denn widerrechtlich war die verweigerte Rückgabe einer Sache, deren Besitz man dem guten Willen eines Andern zu verdanken hatte, jedenfalls, es bedurfte also nur der ganz unschuldigen Fiktion, daß auch hier eine Eigenmacht vorliege, und man hatte dadurch zugleich die Schwierigkeit umgangen, welche die nichtvertragsmäßige Natur des precarii der Gestattung einer andern Klage entgegengestellt haben würde.

§. 10.

Nähere Betrachtung der Fälle, in denen der Besitz durch Repräsentanten ausgeübt wird.

Richtige Resultate können nur auf richtiger Grundlage gewonnen werden, darum müssen wir uns vor Allem darüber aufzuklären suchen, worin das Eigenthümliche des Besitzes liegt, wenn derselbe durch Repräsentanten ausgeübt wird, wir müssen also das Besitzesverhältniß des juristischen Besitzers, und des Repräsentanten, theils für sich, theils in ihrer Stellung zu einander unserer Betrachtung würdigen. Dadurch wird denn zugleich der Beweis geliefert, warum diese Untersuchung nicht blos auf einzelne Repräsentationsarten beschränkt, sondern allgemein gefaßt und beantwortet werden mußte.

Unter Besitz im ursprünglichen S. d. W. (possessio in der weiten Bedeutung) versteht man die faktische Herrschaft über eine Sache (Innehabung, Detention), unter Besitz im gesetzlichen Sinne (possessio im e. S. d. W.) die faktische Herrschaft über eine Sache verbunden mit der Absicht, diese Herrschaft als Eigenthümer auszuüben (animo domini). Wenn es nun gleich als Regel angenommen werden muß, daß diese beiden Bestandtheile in der possessio vereinigt vorhanden seyn

müssen, so findet sich doch in unsern Gesetzen auch eine ganze Reihe von Fällen, wo eine possessio ohne die physische Herrschaft über eine Sache angenommen wird. In allen diesen Fällen nimmt ein Dritter hinsichtlich der Detention die Stelle des Possessors ein, und man kann sie schicklich unter 3 Klassen bringen [1]).

1) Der Repräsentant hat den Naturalbesitz kraft eines dinglichen Rechts an der Sache, wie z. B. der Superficiar, Usufruktuar ꝛc.

2) Der Repräsentant hat den Naturalbesitz kraft eines persönlichen Rechts, z. B. als Conduktor, Commodatar, Depositar.

3) Der Repräsentant ist bloßer einfacher Procurator des juristischen Besitzers.

Daß in allen diesen Fällen ungeachtet der Verschiedenheit der rechtlichen Befugnisse das Besitzverhältniß des juristischen Besitzers sowohl als des Repräsentanten gleichförmig behandelt wird, geht aus der Zusammenstellung dieser verschiedenen Fälle in unsern Rechtsquellen und der gleichförmigen Terminologie der Gesetze unverkennbar hervor. So heißt es in

fr. 3. §. 12. D. 41, 2. de a. v. a. p. Paulus lib. 52. ad Edict.

Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum . . . .

fr. 9. D. eod. Gajus lib. 25. ad Edict. prov.

Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem, veluti hospes, procurator, amicus, nos possidere videmur.

---

1) Hier wird die Darstellung Savigny's, welche überhaupt noch das Meiste für sich haben möchte, zu Grunde gelegt. Ueber manche abweichende Ansichten einiger neueren Schriftsteller vergl. Savigny §. 9. S. 138. ff. §. 23. u. 24. besonders die Zusätze der 6ten Aufl.

fr. 12. D. eod. ULPIANUS lib. 70. ad Edict.

Naturaliter videtur possidere, is qui usumfructum habet.

fr. 25. §. 1. D. eod. POMPONIUS lib. 23. ad Quintum Mucium.

Et per colonos, et inquilinos et servos nostros possidemus . . . . . Nes inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest.

fr. 18. pr. D. eod. CELSUS lib. 23. Dig.

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere . . . . Nom possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.

fr. 1. §. 22. D. 43, 16. de vi. ULPIANUS lib. 69. ad Ed.

Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus *videtur* possidere.

§. 5. Inst. 4, 15.

Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ei juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus accommodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione [2]).

Es wird also von den Repräsentanten in diesen Stellen gesagt: tenet, naturaliter possidet, est in possessione etc. und damit soll angedeutet werden, wenn er auch nicht als juristischer Besitzer betrachtet werden könne, und deßhalb von dem Gebrauche der Interdikte ausgeschlossen sey, so befinde er sich doch physisch in der Herrschaft der Sache, und habe den natürlichen Besitz daran. Von dem juristischen Besitzer heißt es aber *possidere videtur*, d. i. mit andern Worten, der juristische Besitzer wird nur vermöge gesetz-

2) S. auch noch fr. 9. D. 6, 1.

licher Fiktion als solcher betrachtet, seine *possessio* ist keine wahre, sondern nur ein fingirter Besitz. Hieran knüpft sich denn nun ein wichtiger Folgesatz, den man nicht genug beachtet oder wenigstens hervorgehoben zu haben scheint. Es folgt nehmlich daraus, daß der juristische Besitzer als solcher[3]) durch die Detention seines Repräsentanten von jeder physischen Einwirkung auf die Sache völlig ausgeschlossen ist. Da dieser Satz gerade in Ansehung der interd. *retinendae* possessionis, die ihrer faktischen Grundlage und ihrem Zwecke nach sich eben durch Schmälerung dieser physischen Einwirkung äußern[4]), für unsere Frage von ganz besonderer Wichtigkeit ist, so wollen wir gleich jetzt seine Wahrheit beweisen.

Wenn dem juristischen Besitzer neben dem Repräsentanten als Besitzer eine physische Einwirkung über die Sache zustehen sollte, so wäre dieses nur unter einer doppelten Voraussetzung denkbar, entweder müßten wir annehmen, der juristische Besitzer habe zugleich mit und neben dem Repräsentanten Detention über die Sache, oder er habe wenigstens einen Theil derselben, eine *quasi-possessio*. Das Erste wird von vielen Juristen (wohl nur gegen ihren Willen) in-

---

3) Der juristische Besitzer befindet sich also, was die faktische Einwirkung auf die Sache betrifft, die der Repräsentant im Naturalbesitze hat, gerade in derselben Lage, wie derjenige, der einen sog. abgeleiteten Besitz übertragen hat. In seiner Eigenschaft als Berechtigter wird er dadurch nicht im mindesten beeinträchtigt, denn für diesen Fall stehen ihm ja alle diejenigen Klagen zu Gebote, die dem konkreten Rechtsgeschäfte, in Folge dessen der Naturalbesitz auf den Repräsentanten übertragen wird, entsprechen, z. B. die a. locati, commodati etc. Häufig konkurrirt selbst mit diesen Klagen auch die Eigenthumsklage. Darum wird man aber auch nicht behaupten können, daß diese Ansicht zu praktisch unbilligen Resultaten führen würde.

4) §. 14. dies. Abh. a. E. u. vergl. damit Savigny a. a. O. Einl. p. LXIII. §. 23. S. 331. ff. §. 37. S. 479. §. 45. S. 581. Albert a. a. O. §. 67.

direkt eigentlich immer behauptet, denn da, wo sie vom juristischen Besitze handeln, drücken sie sich ungefähr in der Weise aus, „es sey einerlei, ob der Possessor selbst physisch in der Herrschaft der Sache sich befinde, oder ob ein Anderer für ihn und in seinem Namen diese Herrschaft ausübe. Unserer Ansicht nach dürfte dieses aber auf einer Verwechselung der Begriffe beruhen, indem man die eigentlich juristischen Wirkungen der possessio, das Recht der Interdikte, von den Wirkungen des natürlichen Besitzes, der physischen Einwirkung und was sich daran knüpft, nicht scharf genug scheidet. Nur in der ersteren Beziehung wird der juristische Besitzer, der seinen Besitz durch Repräsentanten ausüben läßt, gleichgeachtet jedem andern juristischen Besitzer, und auch hierbei, wie die Folge lehren wird, in der Regel nur in soferne, als es sich um den Schutz der possessio gegen dritte Personen handelt. In diesem beschränkenden Sinne ist namentlich zu erklären

fr. 1. §. 22. D. 43, 16. de vi. Ulpianus lib. 69. ad Ed. Quod servus vel procurator tenent, dominus *videtur* possidere, et ideo *his dejectis* ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret, eos dejectos, per quos possidebam. Et si quis igitur *alius*, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum (de vi) nemini dubium est.

Wollte man eine physische Einwirkung auf die Sache auch dem juristischen Besitzer als solchen zukommen lassen, so würde man zu folgenden Resultaten gelangen.

1) Man wäre zu der Annahme genöthigt, daß eine compossessio plurium in solidum stattfinden könne [5]), denn wenn

---

5) Man glaubt diesen Satz zwar gewöhnlich dadurch zu vermeiden, daß man sagt, ein gleichartiger Mitbesitz in solidum sey nicht möglich, aber die Detention ist immer ein und dieselbe, mag sie nun selbstständig und für sich, wie bei dem Besitz des Repräsentanten, oder mag sie blos als Bestandtheil des juristischen Besitzers vorkommen, und für

auch etwa in den Fällen, wo der Repräsentant in Folge eines dinglichon oder persönlichen Rechts eine Sache in seinem Naturalbesitze hat, ein Mitbesitz nach ideellen Theilen angenommen werden könnte, so würde doch jedenfalls bei dem Besitze des bloßen Prokurators, der dem juristischen Besitzer gegenüber gar keine Rechte an der besitzenden Sache hat, davon keine Rede seyn können. Daß aber ein solcher Mitbesitz in solidum der Natur der Sache und den Gesetzen nach in der That nicht stattfinden kann, fließt schon aus dem natürlichen Begriff des Besitzes, und den unzweideutigsten, theils direkten, theils indirekten Quellenzeugnissen. Zu den ersteren gehört namentlich das schon oben mitgetheilte Zeugniß von Paulus, worin es heißt: Ex contrario plures eandem rem possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris und weiter, non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ogo sedeo, tu sedere videaris.

In letzterer Beziehung sind besonders die Gesetzesstellen zu beachten, welche von dem Vertheidigungsrecht des Besitzers handeln. Das Vertheidigungsrecht des Besitzers wird nehmlich von dem naturrechtlichen Grundsatz abgeleitet, daß es erlaubt sey, Gewalt mit Gewalt zu vertreiben [6]), und schon daraus folgt, daß der natürliche Besitz die nothwendige Bedingung seiner Ausübung sey. Wäre nun in den

---

die Detention, die physische Herrschaft, gilt denn doch überhaupt wohl nur zunächst die Unmöglichkeit eines Sammtbesitzes; sie ist, mit andern Worten, der Grund, daß auch eine doppelte possessio im e. S. nicht möglich ist. Vergl. namentlich das oben §. 6. allg. fr. 3. §. 5. D. h. t.

6) fr. 1. §. 27. fr. 3. §. 9. fr. 17. D. 43, 16. de vi. const. 1. Cod. 8, 4. unde vi vergl. mit v. Savigny a. a. O. §. 8. S. 17.

Repräsentationsverhältnissen ein doppelter Naturalbesitz vorhanden, so müßte es jedenfalls eine gesetzliche Bestimmung erheischt haben, wie hier das Vertheidigungsrecht ausgeübt werden solle, es müßte also etwa zu Gunsten des juristischen Besitzers eine Ausnahme von der Regel statuirt, und dem Repräsentanten seinem juristischen Besitzer gegenüber das allgemeine Vertheidigungsrecht entzogen worden seyn. Davon findet sich aber in den Gesetzen nicht die leiseste Spur.

2) Steht der Annahme einer gleichzeitigen Detention des juristischen Besitzers und des Repräsentanten die gesetzliche Bestimmung entgegen, daß das interd. unde vi für den juristischen Besitzer in dem Augenblicke begründet ist, in welchem der Repräsentant des Naturalbesitzes entsetzt ist [7]. Dieses könnte offenbar nicht der Fall seyn, wenn der Repräsentant nicht als der ausschließlich physische Inhaber der Sache angesehen würde, denn der Possessor würde alsdann noch durch seine eigene Person den Besitz retiniren.

Fr. 1. §. 45. D. 43, 16. Ulp. lib. 69. ad Ed.

. . . . . Non alii autem, quam ei, qui possidet (possedit) interdictum unde vi competere, argumentum praebet, quod apud Vivianum relatam est: Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, *quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.*

3) Kann es nach den Gesetzen keinem Zweifel unterliegen, daß gegen den Repräsentanten auch die rei vindicatio sowohl von Seiten eines Dritten, als von Seiten des juristischen Besitzers angestellt werden könne, denn es wird in fr. 9. D. 6, 1. de rei vind. Ulpianus lib. 16. ad Edict. ganz allgemein gesagt:

---

7) fr. 1. §. 22. D. 43, 16. fr. 20. eod. Labeo lib. III. Pithanon a Paulo Epitom. „Si *colonus tuus* vi dejectus est, *ages unde vi interdicto.* Idem, si inquilinus tuus vi dejectus fuerit (Paulus). Idem dici potest de coloni colono, idem de inquilini inquilino.

Quidam tamen, ut Pegasus, eam solem possessionem putaverunt hanc actionem complecti; quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel sui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. *Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

Nun bezweckt aber die rei vind. bekanntlich Erlangung des Besitzes, es würde folglich einen Widerspruch involviren, wenn man dem juristischen Besitzer seinem Repräsentanten gegenüber schon physische Einwirkung auf die Sache, in seiner Eigenschaft als Besitzer — Detention — zuschreiben wollte. Damit hängt es denn auch ganz natürlich zusammen, daß der Kläger vollkommen passiv zur Sache legitimirt erscheint, sobald in der Person des Beklagten der Besitz, wenn auch nur der Naturalbesitz, nachgegeben oder bewiesen worden ist, und deßhalb die Behauptung des Beklagten, „er besitze alieno nomine" als eine wahre Exception betrachtet werden muß [8]), es hängt aber auch ferner damit zusammen, daß der Beklagte, wenn er diese Einrede vorzuschützen unterlassen hat, mit derselben Wirkung für den Kläger, als ob er die Sache suo nomine besitze, verurtheilt werden kann. Endlich läßt sich

4) gegen die Annahme einer gleichzeitigen Detention noch die s. g. traditio brevi manu anführen [9]). Hiernach soll nehmlich die Uebertragung der possessio durch eine einfache Erklärung des juristischen Besitzers bewirkt werden

8) Linde Lehrb. d. Civilproz. §. 117. Nro. 2 u. 3.

9) fr. 9. §. 5. fr. 21. §. 1. D. 41, 1. fr. 52. pr. D. 21, 2. v. Savigny a. a. O. §. 19.

können. Wäre der juristische Besitzer zugleich physischer Besitzer, so würde kein hinreichender Grund abzusehen seyn, warum hier eine Abweichung von der gewöhnlichen Uebertragungsart des Besitzes wäre eingeführt worden.

Eben so wenig, wie eine volle Detention, würde aber auch dem juristischen Besitzer neben dem Repräsentanten ein Theil derselben, eine quasi possessio eingeräumt werden können. Auch hier lassen sich nehmlich wieder die sub 2, 3 u. 4. gemachten Einwendungen mut. mut. zur Anwendung bringen, und außerdem kommt noch Folgendes in Betracht: Jeder quasi possessio liegt ein bestimmter, fest begrenzter Kreis gewisser Befugnisse, gewisser vom Eigenthume als dem Inbegriff aller Befugnisse abgelöster Bestandtheile, zu Grunde, denn sie ist ja ihrem Begriffe nach die Ausübung dieser Befugnisse, und repräsentirt faktisch gewisse Rechte, wie der körperliche Besitz faktisch das Eigenthumsrecht repräsentirt.

So wird gesprochen von einem Quasibesitze bei der Superficies [10]), bei persönlichen und dinglichen Servituten. Nun ließe sich allenfalls etwas Aehnliches bei den meisten derjenigen Repräsentationsverhältnissen denken, wo der Repräsentant die Sache vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechts in dem Naturalbesitze hat, aber doch nur unter Voraussetzungen, die mit der oben angedeuteten gleichförmigen Behandlungsweise und gesetzlichen Terminologie aller Repräsentationsverhältnisse geradezu im Widerspruch ständen. Wir könnten uns nehmlich der Natur der Sache nach nicht darauf beschränken, einen Quasibesitz für alle diese Fälle zusammen anzunehmen, sondern wären genöthigt, eben so viele verschiedene Quasipossessiones zu statuiren, als es verschiedene Repräsentationsverhältnisse giebt. Es wäre

10) Manche Schriftsteller schreiben dem Superficiar einen abgeleiteten Besitz zu, s. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 109. Nro. 1. u. d. das. Angef.

dieses nur eine ganz natürliche und nothwendige Folge davon, daß dem Superficiar andere Rechte als dem Usufructuar, dem Usufructuar wieder andere als dem Pachter u. s. w. zustehen, kurz, daß die Dispositionsbefugnisse des juristischen Besitzers in dem einen Falle mehr, in dem andern weniger beschränkt würden. Das Besitzverhältniß des bloßen Prokurators könnte vollends gar nicht unter diesen Gesichtspunkt gestellt werden, weil der Prokurator dem juristischen Besitzer gegenüber weder Nutzungs- noch Dispositionsbefugnisse an der alieno nomine besitzenden Sache hat, und für ein vermeintlich praktisches Bedürfniß wäre durch die Annahme einer quasipossessio für den juristischen Besitzer am Schlechtesten gesorgt, weil ihn diese quasipossessio im wichtigsten Falle, nehmlich gegen die Entziehung des juristischen Besitzes von Seiten des Repräsentanten nicht sichern würde.

Wir kommen also wieder auf unsere obige Behauptung zurück: der juristische Besitzer kann als solcher neben dem Repräsentanten gar nicht physisch auf die Sache einwirken, denn es fehlen ihm die hierzu nothwendigen Bedingungen des natürlichen Besitzes, und beziehungsweise einer *quasipossessio*.

D. Kann der allgemeine Rechtsgrund der possessorischen Interdikte auf diese Repräsentationsverhältnisse angewendet werden?

§. 11.

Es bedarf keiner Bemerkung, daß auch bei Repräsentationsverhältnissen eine Selbsthülfe von Seiten des Repräsentanten möglich ist, die auf den juristischen Besitz einen nachtheiligen Einfluß äußern kann, indem sie bald gänzliche Entziehung, bald Schmälerung desselben zur Folge hat. Gänzlich entzogen wird der Besitz auf dem Wege der Selbsthülfe namentlich in dem Falle, wenn der Repräsen-

tant Eigenthümer der alieno nomine besitzenden Sache ist, und dieses sein Eigenthumsrecht eigenmächtig gegen den Possessor geltend macht; blos geschmälert wird der Besitz, wenn der Repräsentant etwa als persönlich Berechtigter, z. B. als Conduktor sich privata auctoritate in die quasi-possessio einer dinglichen Servitut setzt. In beiden Fällen handelt der Repräsentant offenbar eigenmächtig, weil er mit Umgehung des Richters zu erlangen sucht, was er wohl eben so gut auf richterlichem Wege erlangen könnte, aber demungeachtet läßt sich nicht behaupten, daß die possessorischen Interdikte vermöge ihres Rechtsgrundes hier ihre Anwendung finden können.

Dieses hat seinen einfachen und natürlichen Grund in Folgendem: Nach demjenigen, was oben von uns ausgeführt würde, waren die possessorischen Interdikte die ersten von den Gesetzen eingeführten Mittel der Selbsthülfe entgegenzuwirken, man könnte sagen, die ersten Strafverbote der Selbsthülfe. Nun ist aber Selbsthülfe ein sehr relativer Begriff [1]), und es kann weder der Natur der Sache noch den Gesetzen nach behauptet werden, daß dieselbe immer, und schon an und für sich verboten sey. Wer z. B. das Retentionsrecht ausübt, hilft im Grunde genommen sich selbst [2]), weil er eben den Besitz einer fremden Sache dazu benutzt, rechtliche Ansprüche, die er an den Gegner hat, und die er allenfalls mit einer actio contraria verfolgen könnte, privata auctoritate durchzusetzen. Eine ganz ähnliche Bewandtniß hat es nun aber auch mit denjenigen Fällen, wo der Repräsentant sich eigenmächtig zu seinem Rechte verhilft, denn weder die Philosophie des Rechts, noch unsere

---

1) Vergl. darüber im Allg. Linde in d. Zeitschr. f. Civilrecht u. Proz. I. Nro. 21. Bensey im Rhein. Museum VII. Nro. 1.

2) Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Rechts Bd. I. §. 136. stellt daher auch das Retentionsrecht unter die Rubrick der Selbsthülfe.

positiven Gesetze stellen diese Art von Eigenmacht in die Kategorie einer unerlaubten, verbotenen Handlung. — Da auf diesen Punkt Alles ankommt, indem die possessorischen Interdikte sowohl gegen den zum Besitze Berechtigten, wie gegen den Nichtberechtigten gerichtet sind, und folglich nirgends in einem konkreten Falle ihre Anwendung finden können, wo nicht die Selbsthülfe verboten ist, so wollen wir ihn nach beiden Seiten ausführlich beleuchten.

Gehen wir vorerst auf die Quelle des Naturrechts zurück, so lehrt uns schon die Vernunft, daß Selbsthülfe nur deßhalb, und nur in soweit im Staate nicht geduldet werden darf, als durch dieselbe die öffentliche Ordnung und rechtliche Sicherheit des Ganzen gefährdet wird. Man findet zwar häufig die Behauptung ausgesprochen: Eigenmacht sey überhaupt vernunftwidrig, und der Grund ihres Verbotes falle mit der rechtlichen Nothwendigkeit der Constituirung des öffentlichen Richteramts zusammen, indem die Vernunftwidrigkeit der Selbsthülfe die Constituirung des öffentlichen Richteramts bedinge, und umgekehrt wieder von derselben bedingt werde. Dieses beruht jedoch auf einer Verwechselung der Begriffe, wie eine nähere Betrachtung zeigen wird.

Denken wir uns den Menschen außer dem Staat, so ist es keine Frage, daß demselben die Befugniß zustehen muß, jeden Dritten, der seine Rechte nicht anerkennen will, mittelst äußerer Gewalt zur Anerkennung derselben zu zwingen. Es giebt also außer dem Staate allerdings auch ein Recht zur Selbsthülfe, was nur ein nothwendiger Ausfluß des Grundsatzes ist, daß es überhaupt außer dem Staate Rechte geben kann. Nun lehrt die Erfahrung, daß die Selbsthülfe ein höchst unvollständiges Mittel zum Zwecke ist, denn sie setzt voraus, daß auf Seiten des Rechts auch immer die physische Uebermacht, und das Urtheil über Recht und Un-

recht gleichförmig sey. Dieses führt auf die Nothwendigkeit der Constituirung des öffentlichen Richteramts, d. h. auf eine Einrichtung, worin jeder Einzelne eine hinreichende objective Bürgschaft zur unpartheiischen Prüfung und Anerkennung seines Rechts, und ein passendes Mittel zur äußeren Realisirung desselben findet. Das Richteramt ist also zunächst nur zum Vortheile des Berechtigten constituirt, weßhalb es denn auch erst seine Thätigkeit äußern kann, wenn der angeblich in seinem Rechte Gekränkte seine Hülfe in Anspruch nimmt. Dabei würde an und für sich das natürliche Recht der Selbsthülfe noch rechtlich bestehen und zur Ausübung gelangen können, wäre es blos Pflicht des Staates die verletzten Privatrechte wieder herzustellen. Aber der Staat hat unabhängig von den Rechten der Einzelnen selbstständige Rechte und Pflichten. Gegründet auf ein Gebot der Vernunft, daß nur der gesellschaftliche Zustand die nothwendige Bedingung einer vernunftgemäßen Coexistenz der Menschen sey, hat er namentlich das Recht und die Pflicht der Selbsterhaltung, und als nothwendiges Mittel hierzu die Befugniß, nicht blos das begangene Unrecht in seinen nachtheiligen Folgen für Privat- und öffentliches Wohl wieder aufzuheben, sondern auch der Begehung desselben durch Vorbeugungsmaßregeln möglichst entgegen zu wirken. Gerade hierin liegt aber auch der Grund der rechtlichen Nothwendigkeit des Verbotes der Selbsthülfe, denn die Selbsthülfe an sich ist nicht unerlaubt, aber ihr Mißbrauch ist unerlaubt, und diesem Mißbrauche muß, soweit das Staatsinteresse es gebietet, durch unbedingtes Verbot vorgebeugt werden[3]. Weiter als dieser allgemein rechtliche Grund, diese publicistische, oder, besser gesagt, staatspolizeiliche Rücksicht reicht, darf aber auch keine positive Gesetzgebung, will sie anders

3) Vergl. damit auch Puchta (G. F.) Lehrb. d. Pand. §. 65.

das natürliche Recht des Menschen nicht ohne alle Noth beschränken, die Selbsthülfe verbieten, und zu völlig unrichtigen Resultaten würde es führen, wenn die rechtliche Nothwendigkeit der Staatshülfe als Bestimmungsgrund für das Verbot der Selbsthülfe benutzt, und daraus, daß der richterliche Weg betreten werden kann, gefolgert werden sollte, daß er auch immer und in allen Fällen betreten werden müsse. Oder könnte es wohl mit den Grundsätzen einer gesunden Gesetzgebungspolitik vereinigt werden, wenn etwa dem Repräsentanten, der z. B. in Folge eines Miethvertrages seine eigene Sache zum Gebrauch erhalten hat, zur Pflicht gemacht würde, dieselbe zu restituiren, um sie späterhin auf gerichtlichem Wege im Vindikationsprozesse wieder zu erlangen [4])? An eine Gefährdung des öffentlichen Wohls ist doch hier nicht zu denken, und es würde durch eine solche Bestimmung vom Gesetzgeber recht eigentlich ein Mittel geschaffen, die Prozesse zu vermehren, und dem Unrechte auf Kosten des Rechts Vorschub zu leisten. — Was aber von diesem einen Falle der Selbsthülfe gilt, gilt von allen Fällen, wo der Repräsentant sich eigenmächtig zu seinem Rechte verhelfen will, denn da hier überall dem Ganzen keine Gefahr droht, so verschwindet auch jeder Grund zu einem gesetzlichen Verbote derselben.

Es verdient in hohem Grade Beachtung, wie das Römische Recht diesen naturrechtlichen Standpunkt im Principe sich vollständig angeeignet, und der Hauptsache nach

---

4) Wir werden gleich weiter unten sehen, wie das Röm. Recht gerade bei der locatio conductio dem naturrechtlichen Principe untreu geworden ist. Was der Grund hiervon, getrauen wir uns nicht zu entscheiden. Puchta a. a. O. §. 353. Nro. 1. bemerkt: „die Strafe der Selbsthülfe bei dem Miethverhältnisse erkläre sich daraus, daß der Lokator die possessorischen Interdikte habe". Nach der Puchta'schen Ansicht über den Rechtsgrund der possessorischen Interdikte mag diese Erklärung genügen, nach unserer Ansicht ist sie aber nur eine petitio principii.

in der Anwendung fast eben so treu befolgt und mit Consequenz durchgeführt hat. Der Ausspruch von Paulus in

fr. 176. D. 50, 17. de div. reg. jur. lib. 13. ad Plautium.

Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, *ne occasio sit majoris tumultus faciendi*

kann nur in diesem Sinne ausgelegt werden, denn er weist ja mit dürren Worten auf das öffentliche Interesse, welches dem Verbot der Selbsthülfe zu Grunde liege, hin. Ganz in Uebereinstimmung damit finden wir als Regel nur mit derjenigen eigenmächtigen Rechtsverfolgung, die sich angriffsweise äußert, in unsern Gesetzen gewisse zum Theil sehr strenge s. g. Privatstrafen verknüpft. Die erste Strafe dieser Art enthielt eine Verfügung Mark Aurels, wonach der Gläubiger, der sich eigenmächtig, wenn auch ohne persönliche Gewalt gegen den Schuldner, befriedigt macht, sein Recht (jus crediti) verlieren soll. Dahin gehören folgende Gesetzesstellen:

fr. 12. §. 2. D. 4, 2. quod met. causa. Ulpian. lib. 11. ad Edict.

Julianus ait, eum, *qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret* hoc edicto (a. quod met. c.) non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit, quamvis negari non possit in Juliam eum de vi incidisse, et *jus crediti amisisse.*

fr. 13. eod. Callistratus lib. 5. de cognit.

Extat enim decretum Divi Marci in haec verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere *petitiones, actionibus experiaris.* Cum Marcianus diceret, vim nullam fecit; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte

datam sine ullo judice *temere* possidere vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.

fr. 7. D. 48, 7. ad leg. Jul. de vi priv. CALL. lib. 5. de coj. . . . . . . Verba decreti haec sunt: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. *Interim ille in possessione debet morari, tu petitor es* . . . . .

Unter Konstantin wurde dieses Strafverbot ausgedehnt auf Streitigkeiten unter Grenznachbarn [5].

Unter Valentinian, Theodos und Arkadius wurde aber allgemein verordnet: Wer sich unter dem Vorwande des Eigenthums den Besitz einer Sache gewaltsam anmaaße, solle, wenn er Eigenthümer sey, das Eigenthum daran verlieren, wenn er aber nicht Eigenthümer sey, die Sache zurückgeben, und noch daneben den Werth der Sache erlegen.

const. 7. C. 8, 4.

Si quis in tantum furoris pervenerit audaciam, ut *possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum* ante adventum judicialis arbitrii *violenter invaserit*, dominus quidem constitutus, *possessionem* quam *abstulit*, restituat possessori, et dominium ejusdem rei ommittat. Si vero alienarum rerum possessionem *invaserit*, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

§. 1. Inst. 4, 2. de vi bon. rapt.

Ita tamen competit haec actio (de vi bon. rapt.), si dolo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, et imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem

---

5) const. 4. C. JUST. 3, 39. vergl. mit const. 2. C THEOD. 2, 26.

suam *auferre possessoribus*, absolvi debet. Cui scil. conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuerit. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat *vi rapere* . . . . .

. . . . . Quod non solum in mobilibus rebus, quae *rapi* possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam *in invasionibus,* quae circa res soli fiunt . . . . .

In allen diesen Stellen ist also immer nur die Rede von einer angriffsweisen Eigenmacht. — Außer diesen Strafverboten der Selbsthülfe kommen nun zwar in unsern Gesetzen noch einige andere Fälle vor, worin die Selbsthülfe verboten ist, diese können aber nur als Ausnahmen von der Regel betrachtet, und müssen daher strikt interpretirt werden.

Dahin gehört vor Allem 1) eine Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, wonach bei der loc. conductio dem Miether resp. Pachter die Befugniß entzogen wurde sein Eigenthum an der res locata eigenmächtig geltend zu machen[6]).

const. 25. C. 4, 64. de loc. conduct.

Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, *possessionem prius restituat, et tunc de proprietate litigare*[7]).

---

6) Das Verhältniß dieser const. zu fr. 12. u. 18. D. 43, 16. und fr. 3. §. 2. D. 43, 17. müssen wir uns entweder in der Weise denken, daß Rechtswidrigkeit der Selbsthülfe bei der loc. cond. sich schon früher durch die Praxis und Jurisprudenz ausgebildet hatte, oder daß die possessorischen Interdikte dem Vermiether überhaupt nur in beschränkterem Sinne zustanden, diese Beschränkungen aber von den Compilatoren der Pandekten als für das geltende Recht unpraktisch weggelassen wurden.

7) Diese Const. ist wohl nur von dem Gegensatze zwischen possessorischem

Daß diese Art der Selbsthülfe nur ausnahmsweise als verboten angesehen werden kann, geht einmal schon aus dem Umstande hervor, weil die oben erwähnte ratio „ne occasio sit majoris tumultus faciendi" darauf keine Anwendung finden kann. Die Selbsthülfe äußert sich nehmlich hier nicht angriffsweise, indem der Conduktor, wie alle Besitzer auf fremden Namen, schon durch die in Folge des Rechtsgeschäfts stattgehabte Uebertragung, in den Naturalbesitz der ganzen Sache gelangt ist, und damit hängt es natürlich zusammen, wie derselbe, ohne irgend eine positive Handlung gegen den Vermiether [8]) vornehmen zu müssen, durch bloße Vorschützung einer Exception gegen die Rückforderungsansprüche des Vermiethers gesichert ist. Er befindet sich also in derselben Lage, wie derjenige, welcher das von den Gesetzen ausdrücklich gestattete Retentionsrecht in Ausübung bringt, und muß folglich auch bei der Gleichheit der Bedingungen, im Zweifel nach gleichen rechtlichen Grundsätzen behandelt werden. Dieses wird bestätigt durch eine Verordnung des Kaisers Zeno, wonach das Strafverbot,

---

und petitorischem Verfahren zu verstehen. Daraus, so wie aus der unbedingten Fassung derselben folgt aber auch, daß der Unterschied, welchen manche Juristen mit Rücksicht darauf, — ob der Miether schon zur Zeit des Abschlusses des Miethvertrags Eigenthümer war, oder erst späterhin das Eigenthum erhielt, — machen, unstatthaft erscheint. const. 20. u. 23. stehen nicht entgegen, und besonders ist dem Satze in dieser letzten Stelle „nemo enim sibi *jure* possessionem mutare potest" keine allgemeine Deutung zu geben. fr. 15. D. 16, 3. depos. vel contra kommt hier gar nicht in Betracht, weil es nur von der Contraktsklage spricht, m. s. übr. Thon in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. I., S. 470 ff.

8) Man könnte dieses bei unbeweglichen Sachen bezweifeln, weil hier eine heimliche Contrektation des Besitzes unmöglich ist, aber wenn auch der Possessor erst den Besitz verliert, wenn er die Anmaaßung des Besitzes von Seiten seines Repräsentanten erfährt, so kann seiner Person immerhin kein Unrecht geschehen, weil er wegen des ihm mangelnden Rechts der Selbstvertheidigung nicht einmal den Versuch machen darf, sich in der possessio zu behaupten. cf. §. 13. dieser Abh.

welches denjenigen treffen soll, der sich unter dem Vorwande des Eigenthums gewaltsam den Besitz einer fremden Sache anmaßt, ausgedehnt wird auf den Miether und Prekaristen, der die Herausgabe einer fremden Sache ohne gerechte Gründe bis zum Endurtheile verweigert.

const. 34. C. 4, 65. de loc. cond.

Conductores alienarum rerum, seu alienam cujuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam exspectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus victrici parti *ad similitudinem invasoris alienae possessionis* praebere compellantur.

const. 10. C. 8, 4. unde vi.

Non ab re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio censuit esse puniendos, ita nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte, vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum, et non protinus, id est non exspectato judiciorum ordine, aliam possessionem recte recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus, *pro tanta suae iniquitatis impudentia*, si cognitionis judiciariae eventu fuerint condemnati, rei, cujus possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli.

Die in diesen Constitutionen enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen stehen unsers Dafürhaltens im engsten Zusammenhange mit dem von den Kaisern Diokletian u. Maximian ausgesprochenen Verbote der Selbsthülfe. —

Denn, wenn in diesen Gesetzen verordnet wird, der Miether einer fremden Sache solle, wenn er ohne gerechte Gründe die Rückgabe der gemietheten Sache bis zum Endurtheile verweigere, *ad similitudinem invasoris alienae possessionis*, mit der Erlegung des Werthes der Sache an den Vermiether bestraft werden, wenn er also in dieser Beziehung gleichgestellt wird, einem, der eine fremde Sache aus fremden Besitze mit Gewalt an sich zieht, und wenn die Gesetze sagen, diese Strafe solle ihn treffen *pro tanta iniquitatis suae impudentia*, so kann die ungewöhnliche Strenge, und das höchst Auffallende, Exorbitante, was in der Gleichstellung so wesentlich verschiedener Fälle liegt, nur einigermaßen gemildert und beziehungsweise erklärt werden, wenn man davon ausgeht, daß gerade bei der locatio conductio Selbsthülfe schon unbedingt verboten war, und deßhalb aus einem solchen Verhalten des Miethers bis zum Endurtheile, wie es das Gesetz annimmt, auf einen besonders hohen Grad von Hartnäckigkeit geschlossen werden mußte. Aber nicht blos, um die ungewöhnliche Strenge des Gesetzes rechtfertigen zu können, ist es erforderlich, von diesem Gesichtspunkte auszugehen, es kann überhaupt nur unter dieser Voraussetzung die ganze gesetzliche Bestimmung als möglich und für die Anwendung als wirksam gedacht werden. Bei jeder Strafverfügung, mag sie nun eine öffentliche oder eine Privatstrafe zum Zwecke haben, wird nehmlich schon der Natur der Sache und den Gesetzen nach [9]) eine Verschuldung vorausgesetzt, um derenwillen eben die Strafe gegen den Schuldigen verhängt werden soll und darf. Nehmen wir nun den Fall, das Gesetz von Zeno sey unabhängig von einem bereits früher bestandenen unbedingten Verbote der Selbsthülfe erlassen worden, so wären wir zu der Alternative genöthigt, entweder anzunehmen, daß

9) cf. lib. IV. tit. 16. de poena temere litig.

jede gerichtliche Geltendmachung und resp. Vertheidigung eines Rechtes dem im Prozesse Unterliegenden zur Schuld angerechnet werden könne, oder daß das Gesetz nur den Fall vor Augen gehabt habe, wo der Miether ohnehin schuldvoll, z. B. wider besseres Wissen die Rückgabe der gemietheten Sache verweigert hat. Gegen die erstere Annahme streiten aber schon die klarsten Gesetzesstellen. So heißt es namentlich in fr. 63. D. de div. reg. 50, 17. Julianus lib. 17. Dig. ganz allgemein: qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere, und die bekannten Grundsätze über Kostenkompensation im Prozesse stimmen damit vollständig überein [10]. Gegen die letztere Annahme läßt sich nicht blos die unbedingte Wortfassung des Gesetzes selbst, sondern auch besonders noch der Umstand anführen, daß wegen der nicht zu beseitigenden Schwierigkeit des Beweises einer schuldvollen Prozeßführung die Absicht des Gesetzgebers ohnehin in den wenigsten Fällen erreicht werden könnte. — Müssen wir deßhalb nun aber die Verordnung Zeno's nur als eine Ergänzung und resp. Erweiterung eines schon vorausgegangenen unbedingten Verbotes der Selbsthülfe betrachten, so liegt gerade in der beschränkten Fassung derselben zugleich der bündigste Beweis und die vollständigste Bestätigung unserer Behauptung, daß von dem Verbote der Selbsthülfe bei der locatio conductio keine analoge Anwendung gemacht, daß aber andernseits eben so wenig dem Zeno'schen Gesetze, wie wohl zuweilen geschehen ist [11], eine extensive Auslegung ge-

10) fr. 42. D. 50, 17. fr. 78. §. 2. D. 31. Nov. 80. cap. 10. si tamen vergl. mit Nov. 18. cap. 8. fr. ult. D. 6, 1. fr. 11. §. 3. D. 11, 1. fr. 2. §. 1. fr. 23. §. 10. D. 9, 2. §. 17, 23. u. 25. Inst. 4, 6. §. 1. Inst. 4, 16.

11) Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. §. 134. S. 243. Nro. 4. sagt; .... Gleiche Strafe trifft die Detentoren fremder Sachen (z. B. die Miethsinhaber), welche ohne Rechtsgrund die Restitution derselben verweigern.

geben werden dürfe. Hiergegen läßt sich auch nicht anführen, daß neben dem Miether auch der precario accipiens jenem Gesetze zu Folge mit der Strafe der Selbsthülfe belegt werden solle, denn bei dem precarium gilt ja, wie es schon die Natur des interd. de precario als eines possessorischen Interdikts nothwendig mit sich bringt, derselbe Grundsatz, daß der Prekarist sich der Verpflichtung zur Rückgabe nicht durch den Einwand eines ihm an der Sache zustehenden Rechts entziehen kann, und vielleicht dürfte gerade daraus es erklärt werden können, warum die Gesetze nicht ein Gleiches bei dem Commodate[12]) verordneten, indem sie davon ausgingen, durch die Form des precarii sey schon hinlänglich in Ansehung einer solchen Uebertragungsart für das praktische Bedürfniß gesorgt.

2) Erst unter Justinian wurde noch eine weitere Ausnahme von der dem Repräsentanten regelmäßig zustehenden Befugniß zur Selbsthülfe begründet. Es wurde nehmlich verordnet, der Depositar solle unbedingt und ohne allen Abzug, jedoch vorbehältlich der Geltendmachung seiner Rechte auf dem Wege der Klage, zur Restitution der deponirten Sache verpflichtet seyn.

const. 11. Cod. 4, 37. depositi vel contra.

Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actionis personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens, cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus,

---

12) Gewöhnlich bringt man die Grundsätze der loc. cond. hier analog zur Anwendung. S. z. B. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. §. 267. Not. s.

qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et *postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur*. . . .

Der Grund dieser Bestimmung wird in den Gesetzen selbst angegeben mit den Worten: ne contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur, und es kann aus diesem Grunde, wenn es überhaupt noch nöthig wäre, abermals ein Beweis abgeleitet werden, wie in allen andern nicht ausdrücklich erwähnten Fällen die Selbsthülfe dem Repräsentanten gestattet werden muß.

Fassen wir nun das Bisherige zusammen, so ergibt sich als Resultat, daß der allgemeine Rechtsgrund des Besitzesschutzes auf die possessorischen Interdikte, die etwa dem juristischen Besitzer seinem Repräsentanten gegenüber gestattet sind, nicht angewendet werden kann; denn der Rechtsgrund des Besitzesschutzes ist das Verbot der Selbsthülfe; in den meisten Fällen der Repräsentationsverhältnisse ist aber die Selbsthülfe dem Repräsentanten ohnehin verstattet, und auch da, wo sie, wie bei der locatio conductio und dem depositum, nicht gestattet ist, war jedenfalls kein Bedürfniß vorhanden die possesorischen Interdikte einzuführen, weil sich die Selbsthülfe vermöge des dem Repräsentanten zustehenden Naturalbesitzes nur durch Retention äußert, der juristische Besitzer aber nach Entziehung dieser Retentionsbefugniß durch die ihm aus dem Rechtsgeschäft entspringende Klage schon vollständig gegen den Repräsentanten gesichert war [13].

---

13) Daraus fließt denn schon von selbst, wie es gar nichts Widersprechendes

Zweiter Abschnitt.

Specieller Theil.

§. 12.

a) Aufführung der einschlagenden Gesetzesstellen.

Kann der Rechtsgrund der possessorischen Interdikte, wie wir im Bisherigen nachgewiesen zu haben glauben, nicht auf die possessio des juristischen Besitzers seinem Repräsentanten gegenüber angewendet werden, so läßt sich schon hieraus folgern, wie alle Fälle, wo demungeachtet von unsern Gesetzen possesorische Interdikte gegen den Repräsentanten gestattet werden, nur als Ausnahme zu behandeln, und daher strikt zu interpretiren sind. Zu demselben Resultate gelangen wir aber auch, wenn wir die eigenthümliche Beschaffenheit, die Voraussetzungen und Wirkungen derjenigen Interdikte, welche man hier angewendet wissen will, speciell in's Auge fassen, und wir beginnen daher mit der Aufführung der Gesetzesstellen, wodurch diese Interdikte dem Lokator gegen den Conduktor gestattet werden.

Es gehören dahin

1) fr. 12. D. 43, 16. de vi. MARCELLUS lib. 19. Dig est. Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, *non admisit.* Deinde colonus vi ab alio dejectus est. Quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi? Dixi nil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit.

---

enthält, wenn dem Deponenten gegen den Depositar keine possessorischen Interdikte gestattet werden wiewohl die Bedingungen dazu wenigstens insoferne vorhanden waren, daß sich der Depositor der Verpflichtung zur Rückgabe der deponirten Sache nicht mehr durch die Einrede des *jus* possidendi entziehen konnte. Vergl. damit §. 15. sub. 3.

Igitur interdictum unde vi colono competiturum, *ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur, cum emtori possessionem non tradidit, nisi forte propter justam et probabilem causam id fesisset.*

2) fr. 18. pr. eod. Pomponius lib. 26. Quaest.

Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emtorem in vacuam possessionem ire, *quem colonus intrare prohibuit.* Postea emtor vi colonum expulit. Interdictis unde vi quaesitum est? *Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuit:* neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem amitteret propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset. Emtorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri, non nam ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. . . . . .

3) fr. 3. §. 2. D. 43, 17. uti possid. Ulpianus lib. 69. ad Edict.

Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, *aeque competere interdictum uti possidetis, testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret se ne possideret.*

§. 13.

b) Interpretation der alleg. *fr.* 12. u. 18. *pr. D.* 43, 16.

Die beiden ersten von uns angef. Gesetzesstellen handeln von dem *interdictum unde vi.* Wenn nehmlich dem locator fundi von Seiten seines Colonen der Besitz entzogen wird, so soll demselben ad recuperandam possessionem das interd. unde vi zu Gebote stehen.

Dieser Satz wird von dem Juristen in der Weise aus-

geführt, daß derselbe annimmt, der locator fundi habe den fundus verkauft, und der Käufer werde von dem Colonen an der Besitzergreifung der Sache, die er im Auftrage seines Auktors vornehmen wolle, gehindert, denn heißt es, es ist gleichgültig, ob der Colone dem Possessor selbst, oder einem Andern, der nur in seinem Namen gehandelt, nicht gestatten will, fundum ingredi, fundum intrare. Uebrigens wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der Colone wirklich in der Absicht gehandelt habe, die possessio sich anzumaßen, denn wäre das nicht der Fall, so könnte unmöglich demselben gegen den Käufer oder einen Dritten, der späterhin dem Colonen dieselbe Sache entzog, das interd. unde vi gestattet werden [1]).

Wo nun von unsern juristischen Schriftstellern diese beiden Gesetzesstellen zur Sprache gebracht werden, geschieht es gewöhnlich in dem Sinne, daß man davon ausgeht, es sey hier nichts Besonderes, Eigenthümliches verordnet worden, sondern das Ganze nur als eine nothwendige natürliche Folge von der dem Vermiether zustehenden possessio zu betrachten. Man argumentirt nehmlich in folgender Weise: die possessorischen Interdikte sind auf den juristischen Besitz gebaut, und zu dessen Schutz eingeführt [2]). Da aber der juristische Besitz unbeschadet seiner Natur auch durch dritte Personen ausgeübt werden kann, so muß er, soll er nicht wirkungslos seyn, auch gegen diese dritte Personen geschützt werden können [3]).

1) Diese Ansicht stützt sich darauf, daß jedes possess. Interdikt juristischen Besitz voraussetzt. In Beziehung auf das interd. unde vi ist dieses neuerlich sehr bestritten worden, jedoch, wie uns scheint, ohne Grund. cf. v. Savigny a. a. O. §. 10. S. 172. ff. §. 40. S. 511. Not. 1. u. d. dort Angef.

2) Man übersieht also immer, daß der Besitz gar nicht zu Gunsten des Besitzers, sondern nur in odium des Störers geschützt wird. cf. ob. §. 8. i. A.

3) cf. v. Savigny a. a. O. §. 37. S. 480. Albert d. interd. uti poss. §. 54.

Wäre die locatio conductio der einzige Fall, worin der Besitz durch dritte Personen ausgeübt werden kann, so ließe sich diese unsers Erachtens falsche Argumentation wohl noch damit entschuldigen, daß sie wenigstens zu keinen falschen praktischen Resultaten führen würde, weil für das Miethverhältniß wirklich der Besitzesschutz eingeführt worden ist. Aber dieser Fälle gibt es, wie wir ja gesehen haben, noch viele andere, und für diese kann keineswegs das *interd. unde vi* auch unter übrigens gleichen Voraussetzungen als anwendbar betrachtet werden. Die Voraussetzungen, unter welchen dem Vermiether gegen den Miether das interd. unde vi gestattet wird, sind nehmlich solche, die nicht an und für sich unter die Formel des Indikts fallen, und die deßhalb als exceptionelle Bestimmungen anzusehen, und zu behandeln sind. Der Prätor sagte [4]: unde tu illum *vi dejecisti*, aut familia tua *dejecit*, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo. Hierzu wird von Ulpian zur weiteren Ausführung bemerkt

fr. 1. §. 1. D. eod.

> Hoc interdictum proponitur ei, qui *vi dejectus est, etenim fuit aequissimum vi dejecto subveniri,* propter quod ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur. §. 3. Interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui *de possessione dejiciuntur*. Ad solam autem *atrocem vim* pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui *de solo dejiciuntur,* utputa de fundo . . .

Es soll also dieses Interdikt stattfinden, wo Jemand *vi dejectus est*, weil es der Billigkeit entspricht, einem vi dejectus zu Hülfe zu kommen, und diese vis soll eine vis *atrox* seyn. — Schon der Sprachgebrauch von dejicere, der, wie aus den vorstehenden und unzählig vielen andern

4) fr. 1. pr. D. 43, 16.

in diesem Titel enthaltenen Gesetzesstellen erhellet, der eigentliche technische Ausdruck für die in Rede stehende Besitzesklage war[5]), bringt es nun aber mit sich, daß der Possessor sich zugleich im Naturalbesitz der Sache befinden mußte, wenn ihm überhaupt die possessio mittelst einer *dejectio* entzogen werden sollte. Dejicere drückt nehmlich in seiner natürlichen Bedeutung nichts anderes aus, als unser deutsches Entsetzen, Herauswerfen; es setzt also das körperliche Umfassen, das Innehaben, die physische Herrschaft über eine Sache, gegen welche eben die dejicirende Handlung gerichtet ist, als nothwendige Bedingung voraus, und daß es auch von unsern Gesetzen in diesem Sinne genommen und angewendet worden sey, geht besonders daraus hervor, weil gar häufig statt des Besitzes an der Sache die Sache selbst genannt wird, deren Besitz Jemanden entzogen worden ist. So heißt es in dem schon oben erwähnten §. 3. h. t.

. . . . Et ad eos tantum, qui *de solo* dejiciuntur, utputa *de fundo, sive aedificio* ad alium autem non pertinet. Et si quis *de area* dejectus est, sine dubio interdicto locus est. §. 4. Et generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui *de solo cohaerenti* dejiciuntur, qualis qualis enim fuerit *locus, unde* quis vi dejectus est, interdicto locus erit. §. 5. Proinde et si *superficiaria insula* fuerit, *qua quis* dejectus est, apparet interdicto fore locum. §. 7. Si quis *de nave* dejectus est. . . . . §. 8. Plane si quis *de ligneis aedibus* dejectus fuerit. . . . . etc. etc.

Es soll damit keineswegs behauptet werden, daß nun auch jeder Naturalbesitzer das Interdikt habe[6]), aber der Naturalbesitz ist doch eine nothwendige Bedin-

---

5) Früherhin wurde das Wort detrudere gebraucht. CICERO pro Caec. Cap. 17. vergl. mit fr. 4. §. 27. D. 41, 3. usurp. v. Savigny §. 40.

6) S. Not. 1. dies. §.

gung, unter welcher allein der juristische Besitzer das Interdikt gebrauchen kann. — Bestätigt wird dieses durch den Umstand, daß die Dejektion gewaltsam erfolgt seyn muß, und daß die Gesetze die Art der Gewalt, welche dazu vorausgesetzt wird, als eine *vis atrox, vis corporalis* bezeichnen.

fr. 1. §. 29. D. eod.

. . . . Sed Pomponius ait: vim sine *corporali* vi locum non habere [7].

Ma hat schon viel über die Bedeutung dieser vis gestritten, weil man sie nicht recht vereinigen zu können glaubte mit der gesetzlichen Bestimmung, wonach das interd. unde vi auch dann gestattet wird, wenn der Besitzer zur Zeit der Entziehung etwa abwesend war, wenn er sich also nicht unmittelbar in der physischen Herrschaft der Sache befand, und wenn demgemäß der Besitz auch unbeschadet der Person des Besitzers entzogen werden konnte [8]. Zu diesem Streite fehlt übrigens alle Veranlassung, denn man geht dabei von der falschen Voraussetzung aus, daß unter vis corporalis die wirkliche Ausübung körperlicher Gewaltthätigkeit zu verstehen sey, und übersieht, daß dieser Ausdruck hier nur gebraucht worden ist, um den Gegensatz zwischen der den interd. *retinendae* possessionis zu Grunde liegenden Gewalt stärker hervorzuheben. Die vis, wie sie bei den interd. retinendae possessionis vorkömmt, kann möglicherweise eine vis corporalis seyn, allein sie kann auch eben so

---

7) fr. 1. §. 3. D. eod. fr. 1, 2, 3. §. 1. D. 4, 2.

8) fr. 1. §. 24. D. 43, 16. Sive autem corpore, sive animo possidens quis dejectus est, palam est, eum vi dejectum videri. Idcircoque si quis de agro suo, vel de domo processisset, nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit, et ipse possederit, vi dejectus videatur. Ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore.

gut sich (gewissermaßen [9]) nur durch bloße Willensverletzung äußern; die vis der interd. recuperandae poss. muß dagegen immer eine vis corporalis seyn, und dieses findet in Folgendem seine natürliche Erklärungsweise: Unsere Gesetze haben das Selbstvertheidigungsrecht des Besitzers aus dem Naturrechte in das positive Recht übertragen, und dessen Umfang noch in dem Sinne erweitert, daß die Möglichkeit zur Ausübung desselben schon an den Besitz um des Besitzes willen geknüpft, also nicht, wie ein strenges Anschließen an den naturrechtlichen Standpunkt es eigentlich erfordert hätte, jene Möglichkeit nur von der Unverletzlichkeit der Person des Besitzers, und eben nur in Folge davon von dem Besitze abhängig gemacht wurde [10]). Denkt man sich nun den Fall, der überhaupt hier nur in Betracht kommen, und wegen der wahren Bedeutung der vis corporalis einige Zweifel erwecken könnte, den Fall nehmlich, da der Besitzer sich nicht unmittelbar in der physischen Herrschaft der Sache befindet, und also auch die Verbindung zwischen der Person des Besitzers und der besessenen Sache nicht so enge ist, daß sie nur mit persönlicher Gewalt aufgehoben werden kann, so muß demungeachtet, wenn dem Besitzer während seiner Abwesenheit der Besitz entzogen worden ist, auch hier das interd. unde vi vollkommen begründet erscheinen; denn die-

---

9) Der Wille wird nehmlich nie um seiner selbst willen geschützt. S. d. folg. §.

10) Der natürliche Begriff des Selbstvertheidigungsrechts liegt in fr. 1. §. 27. D. 43, 16, der erweiterte gesetzliche in fr. 3. §. 9. D. eod. Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere. Sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur, *sed etsi dejectus quis fuerit, eundem dejicere,* non ex intervallo, sed ex continenti u. fr. 17. eod. Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est. *Ideoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te,* unde vi interdictum tibi utile erit. Vergl. mit v. Savigny a. a. O. §. 40. S. 520. ff.

ses Interdikt gilt bekanntlich nur bei unbeweglichen[11]) Sachen, für den Verlust des Besitzes von unbeweglichen Sachen ist aber im neueren Röm. Rechte der Grundsatz anerkannt, daß eine clandestina poss. unmöglich sey, und deßhalb wird der Besitzer so lange, als er keine Kenntniß von der fremden Okkupation erhalten, fortdauernd als Besitzer angesehen. In dem Momente nun aber, wo er diese Kenntniß erhält, erwächst auch für ihn das natürliche Selbstvertheidigungsrecht, d. h. die Befugniß, den Okkupanten aus dem angemaßten Besitze wieder mit Gewalt zu vertreiben, und dieses hat gerade die Folge, daß die verletzende Handlung des Okkupanten, mag sie vorher für die Person des Besitzers völlig unschuldiger Natur gewesen seyn, im Resultate immer den Charakter einer vis corporalis annimmt[12]). Mit a. W. also: Zum Begriffe der vis corporalis ist es nicht wesentlich nöthig, daß dieselbe wirklich ausgeübt worden ist; es genügt schon die bloße Drohung der Anwendung physischer Gewalt. Diese Drohungen können aber auch auf indirektem Wege erfolgen, und dahin gehört namentlich der Fall, wenn der Okkupant der bloßen Möglichkeit zur Ausübung des Selbstvertheidigungsrechts des Besitzers gegenüber, sich im Besitze der okkupirten Sache behauptet. — Wenden wir die hier entwickelten Grundsätze

---

11) fr. 1. §. 1—9. D. h. t. §. 6. Inst. 4, 15. A. M. v. Savigny a. a. O. S. 527. s. dag. Thibaut im Arch. f. Civ. Prax. Bd. I. Abh. 8.

12) Savigny drückt sich in der 6ten Aufl. S. 575. darüber so aus: atrox vis aber bezeichnet nicht etwa eine besonders grobe Gewaltthätigkeit, wie z. B. Mißhandlung oder Verwundung, sondern nur eine solche Gewalt, wodurch die Fortsetzung des Besitzes unmöglich gemacht wird. Diese ist eben darum unmittelbarer und vollständiger gegen die Person gerichtet, als die zu den Int. retinendae possessionis erforderliche blos störende Gewalt, und insofern kann man sie stets auch einen höhern Grad der Gewalt betrachten, obgleich beide Arten der Gewalt das mit einander gemein haben, daß sie den Willen des Besitzers von außen bestimmen, also die Freiheit der Person verletzen.

auf die Besitzentziehung des Repräsentanten an, so bedarf es wohl keiner Bemerkung, wie von einer vis corporalis, und folgeweise von der Gestattung des interd. unde vi dabei keine Rede seyn kann, denn wenn auch dem Possessor von Seiten seines Repräsentanten der Besitz nicht heimlich entzogen werden kann, so fehlt doch die wesentliche Bedingung, unter welcher allein die verletzende Handlung des Repräsentanten in eine körperliche Gewalt übergehet, denn es fehlt dem juristischen Besitzer wegen des mangelnden Naturalbesitzes das Selbstvertheidigungsrecht, und damit jeder Maaßstab zur Beurtheilung der Frage, ob der illegale Wille des Repräsentanten den Grad von Hartnäckigkeit erreicht hat, daß er sich selbst der rechtmäßigen physischen Gewalt des Possessors gegenüber im Besitze zu behaupten suchen würde.

Betrachten wir die oben allegirten Gesetzesstellen näher, so zeigt auch schon deren Wortfassung, daß das Gesetz selbst das interd. unde vi nur ausnahmsweise bei der locatio conductio zur Anwendung gebracht wissen wollte, denn es heißt in

fr. 12. cit.

. . . . deinde colonus vi ab alio *dejectus est* . . . .
. . . . Igitur interdictum unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, *quem dejecisse tunc videretur*. . . .

Vom Colonen, der sich zugleich im Naturalbesitze der Sache befindet, heißt es also dejectus est, von dem Possessor dagegen, der sich nicht im Naturalbesitze befindet, dejecisse tunc *videretur*. Bedarf es wohl eines deutlicheren Beweises, daß der Possessor ohne Naturalbesitz eigentlich nicht dejicirt werden kann, daß es also nur als eine exceptionelle Bestimmung zu behandeln ist, wenn er dennoch als dejectus betrachtet und ihm das interd. unde vi eingeräumt wird! Dazu kommt noch, daß wir eine Gesetzesstelle haben, worin

ausdrücklich verordnet wird, daß derjenige, welcher den Besitz bloß retinire, nicht als *vi possidens* und folglich auch nicht als gewaltsamer Dejicient angesehen werden solle, und daß aus dem ganzen Zusammenhange dieser Stelle hervorgeht, wie hierin eine Regel ausgesprochen wird, zu der sich die abweichenden Bestimmungen bei der locatio conductio als Ausnahmen verhalten müssen.

fr. 1. §. 28. D. 43, 16.

Vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore, adquisitam per vim possessionem obtinet, aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio ne prohiberi possit ingrediens in possessionem facit. *Sed qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait, non vi possidere.*

Man könnte vielleicht versucht werden, an der Beweiskraft dieser Stelle zu zweifeln, und das possessionem retinere von dem Falle zu verstehen, wo der juristische Besitzer seinen Besitz retinirt, dem Worte possessio also nicht die weitere Bedeutung von Besitz überhaupt, sondern die engere eigentlich juristische zu unterstellen. Gegen eine solche Annahme würde sich aber mit vollem Rechte einwenden lassen

1) daß es nicht zu begreifen wäre, wie der Jurist zur ausdrücklichen Erwähnung eines solchen Satzes habe verleitet werden können, der sich nach der Natur des Interdikts, und nach demjenigen, was vorausgegangen war, ganz von selbst verstehen mußte. Offenbar sollte nehmlich hier der gewaltsame Besitz in Beziehung auf das interd. unde vi erklärt, d. h. es sollten die Fälle aufgezählt werden, worin das Interdikt begründet sey. Nun war aber der Zweck des Interdikts, als zum Schutze der possessio gegen gewaltsame Entziehung bestimmt, angegeben worden, und damit zugleich ausgesprochen, daß die auf Entziehung des Besitzes gerichteten Angriffe unerlaubt seyen, umgekehrt aber die Abweisung dieser Angriffe, d. h. das Behaupten in

Besitze, das Retiniren, erlaubt seyn müsse. Noch weniger konnte dieses bezweifelt werden nach dem Inhalte des unserer Stelle unmittelbar vorhergehenden §., wodurch die Befugniß zur Abweisung noch mit ausdrücklichen Worten gesetzlich sanktionirt wurde, indem es heißt

§. 27. l. cit.

Vim vi repellere licere, Cassius scribit, id que jus natura comparatur. Apparet autem (inquit) ex eo, arma armis repellere licere.

Verstehen wir das possessionem retinere in dem von uns angegebenen Sinne, nehmlich als Retiniren des physischen Besitzes, so erscheint die Stelle auch keineswegs geradezu als überflüssig, denn da das interd. unde vi nur zum Schutze des juristischen Besitzes bestimmt war, so konnten wohl noch eher Zweifel entstehen, ob es nicht auch gegen den Naturalbesitzer zu gestatten, das Retiniren des Naturalbesitzers also als vi possidere zu betrachten sey.

2) spricht für diese Bedeutung von possessio auch noch der Umstand, daß in den unseren Stelle unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden §§., von §. 24—29 incl. gleichfalls nur vom bloßen Naturalbesitze gehandelt wird, indem hier Grundsätze zur Sprache kommen, die bei der bloßen Detention in gleicher Weise, wie bei der possessio im eigentl. Sinne, ihre Anwendung finden.

Halten wir diesen Gesichtspunkt fest, daß das interd. unde vi zu seiner Begründung regelmäßig Naturalbesitz voraussetze und daß es deßhalb dem Vermiether gegen den Miether nur ausnahmsweise gestattet wird, so ist es auch gar nicht auffallend, warum sich für das precarium ein eigenes, selbstständiges interd. de precario findet, denn der Gesetzgeber gab dadurch nur auf's Unzweideutigste zu erkennen, wie er selbst von der Ansicht ausging, daß in der Anmaßung der possessio von Seiten des physischen Inhabers der Sache (des Repräsentanten) an sich keine

gewaltsame Besitzentziehung liege, sondern daß sie nur uneigentlich einer solchen gleichgeachtet werden könne. — Es erklärt sich daraus endlich auch auf sehr einfache Weise, warum das fragliche Interdikt dem Usufructuar, Usuar ꝛc. gestattet wird, wiewohl allen diesen Personen nur eine quasipossessio, kein juristischer Besitz, keine possessio im eigentl. Sinne an der Sache zusteht. Ihre quasipossessio ist nehmlich bedingt durch die physische Herrschaft über die Sache, und wird deßhalb auch auf dieselbe Weise wie der juristische Besitz, welcher zugleich mit der Detention der Sache verknüpft ist, entzogen, nehmlich durch Aufhebung dieser physischen Herrschaft, durch gewaltsame Dejektion. Ausgesprochen findet sich dieses ausdrücklich in folgenden Gesetzesstellen

fr. 3. §. 13. u. 14. D. h. t. Ulpianus lib. 69. ad Edict. Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur utifrui usufructu fundi. §. 14. Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui *vi dejecit utentem et fruentem,* aut non admisit, cum ex fundo exisset non ususfructus deserendi causa . . . .

fr. 9. §. 1. D. eod. Paulus lib. 65. ad Edict. *Dejectum ab usufructu* in eandem causam praetor restitui jubet . . . .

fr. 10. D. eod. Gajus lib. 2. ad Edict. praet. urb., tit. de liber. causa.
Si de fundo proprietarium et usufructuarium praedo *expulerit*. . . . .

fr. 1. §. 5. eod. Ulpianus lib. 69. ad Edict.
Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis *dejectus est,* apparet, interdicto fore locum.

Daß in allen diesen Stellen nur von dejicere schlechtweg die Rede ist, verdient im Vergleich mit dem oben alleg. fr. 12. worin es heißt dejecisse *videtur*, wohl beachtet zu werden.

§. 14.

c) Interpretation des alleg. *fr.* 3. §. 2. *D.* 43, 17.

Durch diese Gesetzesstelle wird dem Vermiether das *interdictum uti possidetis* gestattet, wenn dieser ihn an der Reparatur des Hauses hindern will. Will man aus dieser Bestimmung eine allgemeine Regel für alle Repräsentationsverhältnisse abstrahiren, so kommt es hauptsächlich darauf an, ob eine gewaltsame Besitzesstörung von Seiten des Repräsentanten möglich sey, denn unsere Gesetze erfordern ja eine vis, und diese vis zu verhindern, ist nach der Formel des Edikts [1]: „uti eas aedes possidetis, quominus ita possideatis, *vim* fieri veto." Zweck dieses possessorischen Rechtsmittels. — Folgt man nun der gewöhnlichen [2]) Ansicht über den Begriff dieser vis, so leidet es gar keinen Zweifel, daß jede Schmälerung des Besitzes von Seiten des Repräsentanten eine gewaltsame Besitzesstörung im Sinne des Gesetzes begründe, und diese Ansicht wird scheinbar auch durch die in Rede stehende Gesetzesstelle geradezu unterstützt. Man sagt nehmlich, und so sagt namentlich Savigny S. 477: „Der Ausdruck vis werde im Allgemeinen von jeder Handlung gebraucht, welche gegen den Willen eines Andern vorgenommen werde. Dazu sey bei dem interdictum quod vi aut clam nöthig, daß dem Handelnden dieser Wille wirklich erklärt würde, oder daß er selbst diese Erklärung verhindere. Hier aber liege dieser Widerspruch des Willens gegen die Störung schon in dem Besitze selbst, so lange nicht die Störung besonders erlaubt werde." Nach dieser Definition würde also nicht darnach gefragt werden, ob Jemand ein Recht habe, einem Dritten seinen Willen mit der Wirkung kund zu

---

1) fr. 1. pr. D. 43, 17.

2) cf. Albert das int. uti poss. der Römer §. 34 — 42. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 328. Not. v.

thun, daß er nun durch die Willenserklärung an sich verpflichtet werde, denselben zu respektiren, die bloße Thatsache, daß er seinen Willen einem Andern eröffnet habe, und resp. an dessen Eröffnung gehindert worden sey, würde hinreichen, jede gegen diesen Willen vorgenommene Handlung zu einer gewaltthätigen zu stempeln, denn der Wille an sich stünde ja nach dieser Behauptung schon unter dem Schutz der Gesetze. — Man sieht — wie wir auch oben [3]) bei der Prüfung der Savigny'schen Theorie angedeutet haben — daß dieser Schriftsteller, wenn er auch noch so sehr gegen einen allgemeinen Willensschutz und die Vertheidiger desselben eifert, im Grunde genommen selbst zu einem solchen seine Zuflucht nimmt, und was diese Annahme für Folgen haben, wie sie alle Rechtssicherheit aufheben, und mit dem gesetzlichen Schutze der Rechte in offenbaren Widerspruch treten würde, brauchen wir hier nicht noch einmal zu wiederholen. — Unterwerfen wir nur die Gesetzesstellen unserer Prüfung, wodurch jene falsche Definition von vis veranlaßt worden ist.

Es sind dieses

fr. 73. §. 2. D. 50, 17. de div. rog. jur. Qu. Muc. Scaevola libro sing. ὅρων

fr. 1. §. 5—7. D. 43, 24. quod vi aut clam, Ulpianus lib. 71. ad Edict.

fr. 20. pr. §. 1. D. eod. Paulus lib. 13. ad Sabinum.

Offenbar gehören diese Gesetzesstellen zusammen, d. h. was uns in fr. 73. cit. erklärt wird, ist nur mit kurzen Worten wiederholt dasselbe, was bereits in dem Titel quod vi aut clam ausführlich exponirt worden ist. Nimmt man deßhalb die Worte des Gesetzes: vi factum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit; clam, quod quisque, cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit in diesem Sinne, so läßt sich daraus keineswegs folgern, daß

---

3) cf. §. 7. dies. Abh.

Alles, was ohne oder gegen den Willen eines Menschen geschehe, illegal sey, und nach der Meinung des Juristen unter den Begriff der Gewalt oder Heimlichkeit falle, denn das wäre ja ein Absurdum; es enthalten alsdann diese Worte vielmehr nur den Ausspruch, daß es für das *interdictum quod vi aut clam* genüge, wenn etwas gewaltsam oder heimlich in der Weise geschehen sey, wie es hier vom Gesetze definirt wird. Nun setzt aber das interd. quod vi aut clam zu seiner Begründung bekanntlich ein Interesse [4]) in der Person des Klägers voraus, und wenngleich dieses Interesse nicht gerade ein rechtliches zu seyn braucht, wenn im Gegentheil das Interdikt nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes auch dann stattfindet, wo derjenige, welcher gewaltsam oder heimlich gehandelt, zur Vornahme der Handlung berechtigt gewesen war, so ist es doch zunächst nicht der Wille des Klägers an und für sich, welcher in diesem letzteren Falle geschützt, und wegen dessen Verletzung das Interdikt gestattet wird, sondern es ist, wie es in *fr.* 1. §. 2. *D. quod vi aut clam* [5]), ausdrücklich heißt, das Unrecht, welches in der eigenmächtigen Geltendmachung eines Rechts enthalten ist, das durch dieses Interdikt getilgt werden soll. Die gesetzlichen Begriffe von Gewalt und Heimlichkeit im weiteren S. d. W. stehen also mit dem Verbote der Selbsthülfe im engsten Zusammenhange, es sind beides gewissermaßen korrelate Begriffe, und nur wo die Bedingungen dieser gesetzlich verbotenen Selbsthülfe vorhanden sind, kann überhaupt von dieser nur uneigentlich sogenannten Willensverletzung, dieser *vis*, die Rede seyn.

Wenden wir diese Grundsätze auf den Fall einer Be-

---

4) fr. 11. §. 10, 12, 14. fr. 13. pr. fr. 16. pr. §. 1. fr. 19. D. 43, 24.

5) cf. §. 8. dies. Abh. a. E.

sitzesstörung an, und denken wir uns den juristischen Besitzer zugleich im Naturalbesitze der Sache, so ist es keine Frage, wie die nach der Formel des Interdikts erforderliche vis hier ihre volle Anwendbarkeit findet, denn der Wille des Besitzers muß hier durchgängig, und selbst von dem Berechtigten respektirt werden, weil der Besitzer das Recht für sich in Anspruch nehmen kann, zu verlangen, daß ihm nur auf richterlichem Wege, und nicht auf dem Wege der Eigenmacht sein Besitz entzogen oder geschmälert werde. Ganz anders gestaltet sich aber das Sachverhältniß, wenn der Possessor sich nicht im Naturalbesitze der Sache befindet, und wenn die Schmälerung des Besitzes von Seiten des Naturalbesitzers (des Repräsentanten) ausgeht. Denn gesetzt der Repräsentant handle im Wege der Selbsthülfe, so fehlt es ja hier an dem gesetzlichen „*tueri enim jus suum debuit*, non injuriam comminisci," wodurch allein eine solche Handlung den Charakter einer unerlaubten annehmen kann, es fehlt mit a. W. an dem nothwendigen Merkmale der vis, wie sie die interd. retinendae poss. erfordern, weil, wie wir oben gesehen haben, der Repräsentant regelmäßig befugt ist, seine Rechte auf dem Wege der Eigenmacht gegen den juristischen Besitzer geltend zu machen. Nur ausnahmsweise ist auch hier die Befugniß zur Selbsthülfe dem Repräsentanten entzogen, namentlich bei der locatio conductio, und schon daraus läßt es sich erklären, wie die Stelle, worin dem Vermiether gegen den Miether das int. uti poss. gestattet wird, unserer Ausführung keineswegs widerstreitet, wie sie vielmehr noch aus dem Gesichtspunkte der Consequenz, namentlich mit Rücksicht auf das int. unde vi, welches ebenfalls bei diesem Repräsentationsverhältnisse eintrat, sehr wohl zu rechtfertigen ist. Einem Einwurfe haben wir übrigens hier noch zu begegnen, der etwa als ein Argument gegen unsere §. 10. aufgestellte Behauptung benutzt werden könnte. Es wird in fr. 3. cit. dem Vermiether das interd. uti poss.

zugesprochen, wenn ihn der Miether an dem *aedes reficere* hindere. Sollte nicht, konnte man fragen, darin der bündigste Beweis enthalten seyn, daß der juristische Besitzer in seiner Eigenschaft als Besitzer auch während der Dauer des Repräsentationsverhältnisses physisch auf die Sache einwirken könne? Dem Scheine nach allerdings, aber in der Wirklichkeit nicht. Sehen wir zu, wie die Besitzesstörung von unsern Gesetzen definirt wird. fr. 11. D. 43, 16. Pomponius lib. 6. ex Plautio [6]) ertheilt darüber Aufschluß. In dieser Stelle heißt es: Vim facit, qui non sinit possidentem, eo quod possidebit, uti *arbitrio suo*, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod *liberam possessionem* adversarii non relinquit.

Eine Besitzesstörung ist also vorhanden, wenn der Besitzer gehindert wird, die Sache uti *arbitrio suo*, wenn er gehindert wird, die besessene Sache nach seinem Belieben, nach seiner Willkühr zu gebrauchen, und es entspricht diese Definition ganz der allgemeinen Natur des Besitzes, wonach es nur auf den Willen des Besitzers und die faktische Möglichkeit der Einwirkung, nicht aber darauf ankommt, ob der Besitzer zur Vornahme der Handlung auch rechtlich befugt sey. Gerade in diesem wesentlichen Punkte weichen nun aber die Fälle, wo der juristische Besitzer zugleich Naturalbesitzer ist, oder nicht, direkt von einander ab. Nur in dem ersteren Falle findet das uti arbitrio suo seine Anwendbarkeit, in dem letzteren ist schon der Wille des Possessors durch das Rechtsgeschäft, in Folge dessen die Uebertragung des Naturalbesitzes auf den Repräsen-

---

6) Es ist schon längst anerkannt, daß diese Stelle blos von der Besitzesstörung spricht, und daß sie nur am unrichtigen Platze eingeschaltet worden ist. S. darüber namentlich v. Savigny a. a. O. §. 37. S. 479. Nro. 2. vergl. mit Albert d. int. uti possidetis §. 35. Nro. 1.

tanten stattgefunden hat, beschränkt. Wenn nun von unsern Gesetzen dennoch dem Vermiether gegen den Miether das int. uti poss. eingeräumt wird, so geschieht es überhaupt zunächst nicht wegen geschehener Verhinderung der physischen Einwirkung auf die Sache [7]), sondern zu dem Zwecke, um dem juristischen Besitzer die rechtlichen Wirkungen seiner possessio, die ihm ungeachtet der Entäußerung seiner physischen Herrschaft noch verblieben sind, mit andern Worten, das Recht der Interdikte zu erhalten. Darauf eben zielt der Gegensatz in den Worten: „testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne *habitaret*, sed ne *possideret*.

§. 15.

Prüfung einiger andern scheinbar entgegenstehenden Gesetzesstellen.

Es bleibt jetzt noch übrig, einige Gesetzesstellen unserer

---

7) Dieses tritt ganz besonders deutlich hervor, wenn wir unsere Stelle im Zusammenhange auffassen. §. 2. Hoc interdictum (uti poss.) sufficit ei, qui *aedificare* in suo prohibetur etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. §. 3. Cum inquilinus dominum *aedes reficere* volentem prohiberet, *aeque* competere interd. uti possidetis *placuit*, testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. §. 4. Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid juris sit, et ait Pomponius: posse te ei denuntiare et vites praecidere; idque et Labeo scribit; *aut uti eum debere interdicto uti possidetis* .... etenim qui *colere* fundum prohibetur, possidere prohibetur inquit Pomponius. Hier sollen offenbar Beispiele der Besitzesstörung angeführt werden. Das aedificare und resp. aedes reficere im Gegensatze zu colere fundum hat nichts Auffallendes; denn es sind dieses zwei verschiedene Dinge. Aber warum kann man fragen, wird neben dem aedificare noch besonders das aedes reficere erwähnt, da hier doch kein specifischer Unterschied vorhanden ist? Warum wird dieses aedes reficere in einer Weise erwähnt, als ob es zweifelhaft wäre (aeque placuit), ob es unter den Begriff einer besitzstörenden Handlung falle? Die Antwort darauf liefert die im Texte gegebene Erläuterung.

Prüfung zu unterwerfen, in welchen nach der gewöhnlichen Interpretation von Schriftstellern älterer und neuerer Zeit Zeugnisse für die Meinung enthalten seyn sollen, daß die possessorischen Interdikte durchgängig dem juristischen Besitzer gegen seinen Repräsentanten zu gestatten seyen. Diese Stellen werden theils auf das int. unde vi, theils auf das int. uti possidetis bezogen. Wir machen mit jenen den Anfang, und zwar vor Allen 1) mit

fr. 20. D. 41, 2. de acqu. v. a. poss. MARCELLUS lib. 19. Dig. Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit, emtorique tradi jusserit, nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum (al. possessionem domini) intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur; quid enim, si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret (al. non utique ejus rei possessionem intervertit) [1].

Man sagt, in dieser Stelle werde dem Commodanten das int. unde vi gegen den Commodatar gestattet, aber ganz ohne Grund. Die ganze Stelle redet mit keinem Worte von der Gestattung jenes Interdikts, sondern sie bestimmt nur den Fall, wann der juristische Besitz durch den Repräsentanten für den Besitzer als verloren anzusehen sey. Nicht jede verweigerte Rückgabe der commodirten Sache, heißt es, begründet den Verlust der possessio, sondern es wird dazu vorausgesetzt, daß der Repräsentant den animus sibi habendi, daß er die Absicht gehabt, sich wirklich die possessio anzumaßen [2]. Wenn also der Repräsentant die Rückgabe der Sache aus einer justa et rationabilis causa, z. B., weil ihm wegen gemachter Vorwendungen ein Reten-

1) cf. LEYSER med. spec. 153.

2) v. Savigny a. a. O. §. 33. S. 430.

tionsrecht zusteht, verweigert hat, so ist im Zweifel [3]) diese Absicht nicht vorhanden. Ueber die Rechtlichkeit und Widerrechtlichkeit einer solchen Besitzentziehung wird übrigens nicht das Mindeste entschieden. — Vielleicht dürfte hauptsächlich zu jener falschen Interpretation der Umstand Veranlassung gegeben haben, daß unsere Stelle mit dem schon oben alleg. fr. 12. einerlei Ursprung hat, daß sie von demselben Juristen, Marcellus, herrührt, und aus demselben lib. 19. Dig. entnommen ist. Aber was folgt daraus? Offenbar nichts mehr und nichts weniger, als daß unsere Stelle zur Erklärung der *justa et probabilis causa*, von welcher fr. 12. redet, benutzt werden kann, daß m. a. W. in unserer Stelle die Bedingungen, unter welchen der Besitz als verloren zu betrachten, erklärt und auseinander gesetzt werden, in fr. 12. aber auf das bereits Erklärte verwiesen und Bezug genommen wird. Weiter reicht der Zusammenhang beider Stellen nicht und wenn es hierzu noch eines Beweises bedürfte, so könnte schon auf die Rubrik des Titels verwiesen werden.

2) Man beruft sich ferner auf [4]) const. 11. C. 4, 37. dep. vel contra besonders auf die Worte: „si quis vel pecunias, vel res quosdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, *reddere illico modis omnibus compellatur*, nullamque compensationem etc. um daraus einen Beweis herzunehmen, daß der Deponent in possessorio gegen den Depositar klagen könne. Was berechtigt uns aber, frage ich, zu einer solchen Annahme, von der das Gesetz selbst auch nicht die leiseste Spur enthält, ja unter deren Voraussetzung es kaum erklärlich wäre, warum dem Depositar unbedingt alle Einwendungen, namentlich auch solche entzogen werden, die, wie etwa die aus dem Retentionsrechte entspringende exceptio doli (generalis) den juristischen Besitz

---

3) Nur in diesem Sinne ist das Gesetz zu verstehen.

4) Fleck comm. bin. II. S. II. p. 103.

des Deponenten nicht im Geringsten beeinträchtigen würden. Zudem spricht ja der ganze Titel, in welchem sich dieses Gesetz eingeschaltet findet, und die ratio legis „ne contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur, deutlich genug dafür, daß hier keine andere Klage, als die Contraktsklage, die a. depositi gemeint sey.

3) Das interdictum uti possidetis soll durch fr. 3. §. 7. D. 43, 17. dem Proprietar gegen den Superficiar gestattet worden seyn [5]). Die Stelle lautet:

Sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius *quasi dominus*, moretur, interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur; semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cujus aedes supra κρύπτας essent; verum est in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur: *dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis:* sed Praetor superficiarium trubitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque probat.

Vor Allem steht unleugbar fest, daß hier dem dominus soli, dem juristischen Besitzer, das int. uti possidetis gegen den Superficiar wirklich gestattet wird. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß deßhalb diese Stelle auch unserer Theorie widerstreite. Der Fall ist nehmlich folgender: Ich bewohne ein Haus als Eigenthümer, über mir, in dem oberen Stocke wohnt ein Anderer *quasi* dominus. Nun fragt sich's: Wem steht das interd. *uti possidetis* zu? Die Antwort lautet: Mir, und nicht dem Bewohner des oberen Stocks, denn es muß ja immer superficiem solo cedere.

---

5) v. Savigny §. 23. S. 331 ff. vergl. mit der Einleit. p. LXIII.

Das leidet aber eine Ausnahme, sagt der Jurist, wenn sich im oberen Stocke der Eingang von Außen befindet, und meine Wohnung nur ein als Souterrain, als eine Kellerwohnung erscheint; hier steht nicht mir, es steht dem Bewohner des oberen Stocks das int. uti possidetis zu. Soweit der erste Theil der Stelle; er handelt nur von der Gestattung des *int. uti possidetis* [6]).

Uebrigens (Ceterum) — fährt der Jurist im zweiten Theile fort — wird auch in jenem ersten Falle der Bewohner des oberen Stocks in possessorio geschützt, denn es steht dem Superficiar ein eigenes Interdict zu (superficiarii proprio interdicto . . . . utentur); dessen bedient er sich als Exception zur Abweisung des int. uti possidetis des Eigenthümers.

Hiernach ist also in dieser Stelle kein allgemeiner Ausspruch darüber enthalten, daß der juristische Besitzer immer das int. uti possidetis gegen den Superficiar gebrauchen könne, sondern es beschränkt sich dessen Anwendbarkeit nur auf solche Fälle, in denen der juristische Besitzer, der superficies ungeachtet, zugleich noch als physischer Inhaber der Sache erscheint.

4) Eine vierte und letzte Gesetzesstelle, auf die man sich noch zu berufen pflegt, ist

fr. 4. D. 43, 17. Ulpianus lib. 70. ad Edict. [7]).

In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum; et *si alter usumfructum alter possessionem* sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem, et ita

---

6) Die Stelle wird sehr verschieden erklärt. — Savigny a. a. O. nimmt an, mit ceterum beginne etwas ganz Neues. Er legt auf superficiarii den Nachdruck, und glaubt, daß dieses den Gegensatz von *quasi* dominus bezeichne.

7) v. Savigny a. a. O. §. 45. S. 581. Nro. 1. vergl. mit Einleit. ebendas. p. LXI.

Pomponius scribit; Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur; et his interdictum erit dandum; offenbar sollte aber in dieser Gesetzesstelle nichts weiter behauptet werden, als der nicht zu bestreitende Satz: daß auch die Inhaber einer persönlichen Servitut, die Usufruktuare, Usuare ꝛc., zur Anstellung des int. uti possidetis berechtigt seyen. Darauf deutet schon die Stellung dieses Fragments am Ende des ganzen Titels, nachdem vorher die Fälle der eigentlichen possessio bereits vollständig abgehandelt waren, es deutet darauf der ganze Inhalt des Fragments, es deuten endlich darauf die Anfangsworte „*in summa* puto dicendum, und wenn es deßhalb heißt „et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat“ so liegt darin nur ausgesprochen, daß der Usufruktuar nicht blos gegen Dritte, sondern auch gegen den juristischen Besitzer in seiner quasi possessio geschützt werde, nicht aber, daß umgekehrt auch der juristische Besitzer gegen den Usufruktuar mit dem int. uti possidetis zu schützen sey.

§. 16.

Schlußbemerkung.

Fassen wir das Resultat unserer bisherigen Untersuchung nochmals in wenige Worte zusammen, so ist es dieses: Schon der allgemeine Rechtsgrund der possessorischen Interdikte bringt es nothwendig mit sich, daß im Allgemeinen dem juristischen Besitzer seinem Repräsentanten gegenüber die Besitzesklagen zu versagen sind. Dieses finden wir auch im Römischen Rechte als Regel anerkannt, und wenn gleich bei der locatio conductio hiervon abgewichen, wenn dem locator gegen den Conduktor das int. uti possidetis und beziehungsweise unde vi eingeräumt wurde, so kann dieses doch nur als Singularität und Ausnahme behandelt, und daher nicht zur analogen Anwendung auf ähnliche Fälle benutzt werden.

Schmidt, Th. A. Ludwig

Über das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten eine Probeschrift

Giessen 1838

Diss. 2089,12

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10849498-7